



Instituto de Derecho
Público Comparado
Facultad de Ciencias Sociales
y Jurídicas
Universidad Carlos III

C/ Madrid, 126-128, 28.903 Getafe (Madrid)
telf.: (34) 91 624 9714, fax: (34) 91 624 98 77
e-mail: imgp@der-pu.uc3m.es
<http://www.uc3m.es/fjce> (Proyecto)

Proyecto
Fortalecimiento de la Justicia
Constitucional en el Ecuador

Av. 12 de Octubre y Pasaje Nicolás Jiménez
4to. piso, telf.: (593-2) 250 2804
telefax: (593-2) 256 5173, Quito, Ecuador
e-mail: justiciaconstitucional@andinanet.net



Iniciativa Europea
para la Democracia
y los Derechos Humanos
de la Comisión Europea



Tribunal Constitucional del Ecuador

- Iñaki Agirreazkuenaga • Carmen Chinchilla Marín
- Fernando Flores Giménez • Augusto Hernández Becerra
- Marco Morales Tobar • Rolando Pantoja Bauzá
- Efraín Pérez Camacho

DESCENTRALIZACIÓN, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONSTITUCIÓN

Marco Morales Tobar
COORDINADOR



QUITO 2007

CONTENIDO

Presentación

7

PARTE PRIMERA

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONSTITUCIÓN

El derecho a acceder a la función pública en condiciones de igualdad (Jurisprudencia constitucional)
Carmen Chinchilla Marín

11

El control de la administración y la justicia constitucional
Marco Morales Tobar

53

Los derechos constitucionales en el procedimiento administrativo
Fernando Flores Giménez

87

Impugnación del acto administrativo inconstitucional
Efraín Pérez Camacho

105

PARTE SEGUNDA

DESCENTRALIZACIÓN Y CONSTITUCIÓN

Descentralización y justicia constitucional:
sistema autonómico y poderes locales en España
Itziar Agirreazkuenaga

157

11

SERIE

Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador

DESCENTRALIZACIÓN, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CONSTITUCIÓN
Marco Morales Tobar, coordinador

Primera edición:

Instituto de Derecho Público Comparado, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid • Proyecto Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador • Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea • Tribunal Constitucional del Ecuador • Corporación Editora Nacional
Quito, marzo 2005

Impreso y hecho en el Ecuador

Coordinación editorial: Luz Entrena Vázquez
Supervisión editorial y armado: Grace Sigüenza
Corrección de textos: Manuel Mesa
Cubierta: Edwin Navarrete

Impresión: Ediciones Fausto Reinoso,
Av. Rumipamba E1-35 y 10 de Agosto, of. 203, Quito

ISBN:

9978-84-379-5

Derechos de autor:

Inscripción No. 021272

Depósito legal No. 002858

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

Roca E9-59 y Tamayo, teléfonos: (593-2) 255 4358, 255 4558
fax: (502-2) 326 6240. apartado postal: 17-12-886. Quito-Ecuador

Descentralización, autonomía municipal y poder local en Colombia. Balance y perspectivas de un proceso a 2004 <i>Augusto Hernández Becerra</i>	175
La administración chilena: desde la verticalidad del mando hacia la democracia participativa <i>Rolando Pantoja Bauzá</i>	203
Los autores	231
Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid	235
Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea	237
Títulos de la Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador	239

PRESENTACIÓN

El presente volumen de la colección *Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador* recoge las distintas ponencias presentadas en el Seminario sobre Administración Pública y Constitución, celebrado en la Universidad San Francisco de Quito y en la Universidad Autónoma de los Andes de Ambato en septiembre del año 2004.

Este Seminario monográfico —el quinto del Proyecto *Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en Ecuador* dentro de la Iniciativa Europea para la Democracia y los Derechos Humanos de la Comisión Europea— trató de profundizar en dos aspectos fundamentales, tanto desde el punto de vista jurídico, como desde la óptica de la actualidad política e institucional de Ecuador; por un lado fueron abordados los procesos de descentralización en España, Colombia y Chile, y por otro se plantearon las cuestiones relativas a las garantías constitucionales, tanto en el procedimiento administrativo como en el acceso a la función pública.

Ambos aspectos confluyen en la pretensión de los estados democráticos en constituir administraciones públicas estables, ágiles y eficientes que doten al Estado de un aparato “operativo” eficaz en el desempeño de sus funciones, estableciendo cauces de participación y procedimientos garantistas para satisfacer el interés general de la ciudadanía. Las reglas del Estado de Derecho establecen límites a la actuación de las administraciones públicas y redefinen la estructural relación de desigualdad proyectada desde las instancias de poder; no hay que olvidar que la condición de ciudadanía se empieza a construir a partir de una relación que excluye la sujeción como la forma de interacción con el poder, y que este cambio solo es comprensible en el marco del Estado como un poder autorregulado y limitado, a través del establecimiento de normas que impidan la arbitrariedad en el ejercicio de su autoridad. Las primeras declaraciones de derechos y los primeros textos constitucionales tienen ese claro propósito, y el progresivo ahondamiento

OTROS

Por último, no debemos terminar esta relación de principios aplicables al Derecho administrativo sin enunciar al menos el relativo a la presunción de inocencia y el *non bis in idem*.

El primero no puede entenderse reducido al campo del enjuiciamiento de conductas presuntamente delictivas, sino que debe entenderse también aplicable a la adopción de cualquier tipo de resoluciones que produzcan en las personas un resultado sancionatorio o limitativo de sus derechos.

Si entendemos que el ilícito penal y el ilícito administrativo comparten una igualdad sustantiva, entonces el principio de *non bis in idem* impide, con carácter general (y por tanto con excepciones), que una misma conducta sea sancionada por vía penal y por vía administrativa.

Nota bibliográfica

- Nieto, Alejandro,
2002 *El Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos.
- De Enterría, Eduardo García y Tomás-Ramón Fernández,
2000 *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Civitas.
- López Guerra, Luis (y otros),
2004 *Derecho Constitucional II*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- Pérez Tremps, Pablo (coord.),
2004 *Los derechos fundamentales*, Quito, Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional.
- Fernández Montalvo, Rafael,
1997 "La potestad sancionadora de la administración", en G. Ruiz Rico, *La aplicación jurisdiccional de la constitución*, Valencia, Tirant lo Blanch.

IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO INCONSTITUCIONAL

Efraín Pérez Camacho*

EL ACTO ADMINISTRATIVO. Introducción. Antecedentes. La evolución del concepto de "acto administrativo" hacia una figura de defensa de los derechos subjetivos constitucionales de los ciudadanos. INCONSTITUCIONALIDADES, ILEGITIMIDADES Y NULIDADES DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. Inconstitucionalidad del acto administrativo. Inconstitucionalidad en la formación del acto. Inconstitucionalidad en el objeto del acto. "Nulidad" del acto administrativo. Legalidad, legitimidad y juridicidad del acto administrativo. IMPUGNACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD. Competencias para las impugnaciones de inconstitucionalidad. Efectos de las diferentes acciones de impugnación. Impugnación del acto administrativo en el contencioso-administrativo. Inconstitucionalidad declarada como "inaplicabilidad" por los Tribunales Contencioso-Administrativos, por la casación administrativa y por los jueces del amparo constitucional. La impugnación del acto administrativo en acción de inconstitucionalidad. SUSPENSIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL AMPARO CONSTITUCIONAL. La suspensión como procedimiento cautelar. Efectos de la resolución que declara la suspensión del acto dentro del procedimiento del amparo constitucional. Efectos del amparo constitucional en otros actos, la prevención y la omisión. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

El acto administrativo

INTRODUCCIÓN

En este artículo se revisan las vías principales disponibles para impugnar el acto administrativo por causales de inconstitucionalidad. Estas vías incluyen tanto las administrativas –en "sede administrativa"– como la judicial –en "sede judicial" contencioso-administrativa– así como las acciones proce-

* Abogado y doctor en Derecho por la Universidad de Guayaquil y docente en el Curso de posgrado de Derecho Administrativo en la Universidad San Francisco de Quito.

dentes en el Tribunal Constitucional. Tanto en la vía judicial contencioso-administrativa como en la vía constitucional existe una impugnación directa del acto, pero también se considera la posibilidad de impugnar un acto administrativo en función de una inconstitucionalidad de la norma que sustenta la expedición y el contenido del acto. En el contencioso-administrativo este procedimiento se denomina "objetivo, de anulación o por exceso de poder" que se aplica a las normas administrativas ilegales, que con mayor razón procede contra normas administrativas y legales inconstitucionales. La llamada "inaplicabilidad" de una norma inconstitucionalidad puede ser declarada por cualquier juez o tribunal, según la Constitución.¹ En el amparo constitucional Salgado ha manifestado que es posible alegar la inaplicabilidad de una norma inconstitucional, dentro de un trámite de amparo constitucional, inaplicabilidad que puede ser declarada por el juez que tramita el amparo constitucional, sin perjuicio de su pronunciamiento sobre la petición de amparo.

ANTECEDENTES

El artículo 95 de la Constitución Política, sobre la acción de amparo constitucional instituye este procedimiento contra "un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública", así como contra el "acto u omisión... realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública". El "acto" de autoridad pública al que se refiere este artículo no es definitivamente un *acto administrativo*, es decir, no es *necesariamente* un acto administrativo, pero puede serlo; puesto que el acto administrativo sin duda no es el único "acto" que puede provenir de una autoridad pública, pero ciertamente un "acto administrativo" se encuentra entre los actos de las autoridades públicas.

Para la impugnación del acto administrativo inconstitucional propiamente dicho, se contempla la acción de inconstitucionalidad del acto administrativo en el Tribunal Constitucional (art. 276, 2. de la Constitución Política).

1. *Constitución Política de la República*: "Art. 274. Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, Tribunal o Sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio".

Tanto la doctrina cuanto las normas sobre procedimiento y proceso administrativo distinguen hoy entre variadas actuaciones del Estado, con diferentes denominaciones según los países y los autores. En el Ecuador, el Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva reconoce las siguientes actuaciones del órgano público, además del acto administrativo mismo: "actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos",² además de la referencia a la "vía de hecho",³ que reconocen la doctrina y la legislación administrativa de otros países.

Este es el momento de enfatizar que todos estos "actos" o "actuaciones" de los órganos públicos son susceptibles de impugnación en vía de amparo constitucional, siempre y cuando se cumplan, evidentemente, los demás requisitos para la procedencia de la acción de amparo constitucional.

Los llamado "actos de la administración" del Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), siguiendo a Dromi, se definen como: "declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta",⁴ son llamados "actos interorgánicos" por Casagne, quien además alude al "acto inter-administrativo"⁵ y "actos interadministrativos, actos internos" por García de Enterría, sin perjuicio de su referencia que hace a los "actos materiales" de la administración.⁶ Como observa este último autor, los "contratos" y los "reglamentos" se desglosan de la clasificación de actos administrativos, aunque la misma doctrina española y argentina, siguiendo la jurisprudencia francesa, reconocen los "actos separables" de la contratación pública y la doctrina francesa incluye los reglamentos entre los "actos administrativos". Los franceses incluyen a los reglamentos entre los "actos administrativos unilaterales".⁷

Los "actos separables", contemplados por el ERJAFE,⁸ fueron reconocidos por la jurisprudencia en Francia y, en ese país, "hoy se considera como separable todo acto anterior a la conclusión definitiva del contrato, in-

2. Art. 64 del Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).

3. Art. 66, ERJAFE.

4. Art. 70, ERJAFE. Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1997, p. 221.

5. Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo II*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2000, p. 60.

6. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 538 y 539.

7. Georges Vedel, *Droit Administratif*, tomo 1, París, PUF, 1992, p. 269; Jacqueline Morand-Deviller, *Cours de Droit Administratif*, París, Montchrestien, 2003, p. 328..

8. ERJAFE: "Art. 76. Formación de los contratos administrativos. De los actos separables. En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la

cluyendo el acto por el cual la autoridad administrativa decide u objeto pasar o aprobar el contrato".⁹ Esta noción fue recibida por la jurisprudencia contencioso-administrativa española, como dice García de Enterría;¹⁰ y es aceptada en Argentina, por ejemplo por Cassagne.¹¹ Estos actos, no son todos ellos actos administrativos. Dromi visualiza la clasificación siguiente:

- a) actos administrativos (llamado a licitación, exclusión de oferentes, desistimiento del licitante, adjudicación).
- b) Hechos administrativos (publicaciones y apertura de ofertas).
- c) Reglamentos administrativos (pliegos de condiciones generales).
- d) Simples actos de la administración (recepción de ofertas y preadjudicación)...¹²

Para regresar a la legislación ecuatoriana, entre los "actos administrativos" de la contratación pública, es obvio que la declaratoria de "terminación unilateral y anticipada del contrato" es un acto administrativo. Lo mismo se podría decir de órdenes determinadas de los fiscalizadores dentro de contratos de obra pública y la determinación de multas. También son actos administrativos otros actos que resultan una consecuencia de la terminación unilateral y anticipada o de la simple terminación, como por ejemplo, la disposición de ejecutar las garantías, determinación de liquidaciones, etc.

Como se ha expuesto líneas arriba, en acción de amparo constitucional se pueden impugnar también simples actos y hechos mismos –pero no reglamentos– siempre que cumplan con las características exigidas para la procedibilidad de la acción de amparo.

contractual o de ejecución. A estas fases concurre también todo potencial contratista desarrollando determinadas actividades jurídicas.

Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación."

- 9. M. Long, P. Weil y G. Braibani, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey, 1984, p. 65.
- 10. Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Derecho Administrativo I*, op. cit., p. 692.
- 11. Juan Carlos Cassagne, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, pp. 168 y ss.
- 12. Roberto Dromi, *Licitación Pública*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 1995, p. 169. No se incluye en la cita la letra e): "actos jurídicos privados", por no ser pertinentes para el tema.

No obstante que a través de estos actos o actuaciones del órgano público se afectan derechos subjetivos, pudiendo varias de estas situaciones constituir actuaciones ilegítimas e incluso inconstitucionales, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Ecuador, en consonancia con el Reglamento de trámites y la Resolución interpretativa de la Corte Suprema sobre el amparo constitucional, determinan que los "actos de naturaleza bilateral o contractual" no son susceptibles de amparo. Salgado dice que los contratos administrativos son actos "bilaterales, porque intervienen dos voluntades que libremente acuerdan realizar o no determinados actos... Sobre esta cuestión la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es clara y constante". Pero reconoce que "en cada caso hay que analizar ese carácter unilateral del acto; ya que a veces el asunto reviste complejidades que no son fáciles de determinar".¹³ Oyarte, por ejemplo, esboza la cuestión del enfoque doctrinal de la concesión como acto unilateral del órgano administrativo, es decir, precisamente, no contractual.

A pesar de que autores como Marienhoff incluían el contrato administrativo entre los actos administrativos –acto administrativo bilateral–, al igual que todavía hacen los franceses; en la actualidad se clasifican los contratos del Estado como una categoría aparte, diferente de los actos administrativos y los reglamentos. Pero los llamados "actos separables" no se identifican propiamente con el contrato mismo, como se acaba de ver, sino que son más bien actos que se producen en la formación, cumplimiento y terminación del contrato, por lo cual es procedente que el Tribunal Constitucional conozca las reclamaciones sobre estos actos –no sobre el contrato mismo– cuando se han producido actuaciones ilegítimas de las autoridades públicas. Esto es tanto más factible que ni la Constitución ni la misma Ley Orgánica de Control Constitucional excluyen de la acción de amparo estos actos producidos en un contrato, aunque sí se excluyen en el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

También es procedente preguntarse sobre la factibilidad de impugnación de actos relacionados con la figura de la concesión, que cubre manejo por parte de empresas privadas de recursos determinados del Estado de gran magnitud económica y financiera. No solamente se estaría discutiendo la existencia de actos o actuaciones susceptibles de impugnación, dentro del desenvolvimiento de esta figura administrativa, sino también, como lo apunta Oyarte, especular sobre la realidad de la concesión como acto

- 13. Hernán Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004, p. 79.

unilateral del órgano público (susceptible por tanto de impugnación en amparo constitucional —que es una acotación que hago). La concesión minera ecuatoriana, que sigue en este punto al derecho minero chileno, se engendra como un acto unilateral de la administración. Pero, como observa Oyarte,¹⁴ no es el caso de todas las concesiones en el Derecho Público ecuatoriano, sino más bien una de las excepciones. Las concesiones de dominio público, por ejemplo, todavía se conciben como actos unilaterales en el Ecuador (playas, aguas),¹⁵ así como en la doctrina generalizada. En cambio, la doctrina de la concesión de servicios públicos en Francia, que evolucionó del enfoque contractual del siglo XIX, pasando por el cuestionamiento de los administrativistas clásicos en la primera mitad del siglo XX (como Duguit, Hauriou y Jèze, que la consideraron un acto unilateral), determinó posteriormente la concesión como una “convención de efectos reglamentarios”, que es el calificativo que le aplica Laubadère en su clásico tratado de los contratos administrativos,¹⁶ pero que, en cambio, denomina la concesión minera como un “contrato administrativo”,¹⁷ es decir, diferente de un simple contrato del Estado.

LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE “ACTO ADMINISTRATIVO” HACIA UNA FIGURA DE DEFENSA DE LOS DERECHOS SUBJETIVOS CONSTITUCIONALES DE LOS CIUDADANOS

La concepción dogmática del acto administrativo, en la doctrina administrativa contemporánea, considera esta figura jurídica como una garantía de los derechos de los ciudadanos. Para plasmarse como tal, se exige en la formación, contenido y finalidad del acto administrativo: debido proceso, incluyendo motivación; garantía de los derechos humanos y corresponden-

14. Rafael Oyarte Martínez, “La acción de amparo”, en Pablo Pérez Tremps (coord.), *Los derechos fundamentales*, Quito, Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2004, pp. 176 y 177.
15. Aunque en el caso del agua, la ley las denomina actualmente “derechos de aprovechamiento”, ver reformas contenidas en la Ley de Desarrollo Agrario.
16. André de Laubadère, Franck Moderne, Pierre Devolvé, *Traité des Contrats Administratifs*, tomo 1, París, LGDJ, 1983, pp. 101 y 105. “Nosotros entonces pensamos, con L. Duguit y los autores de su escuela, que las convenciones de efectos reglamentarios son acuerdos de voluntad, son convenciones, pero no son de contratos”, p. 121.
17. *Ibid.* “Si la concesión minera es un contrato, queda por saber si es (un contrato) administrativo. La respuesta no puede ser más que afirmativa”, p. 332.

cia con las finalidades públicas; sin perjuicio del cumplimiento de su juridicidad, es decir, su concordancia con todo el ordenamiento jurídico y no solamente con la aplicación de los simples requisitos legales.

El acto administrativo ha recorrido un amplio derrotero en doscientos años de avatar. En efecto, se fija su nacimiento en los alrededores del año 1800 (años más, años menos), a pocos lustros de la Revolución Francesa, con relieves muy diferentes que los actuales. La noción de acto administrativo delimitaba en aquella época el ámbito vedado a las potestades legislativas —y por lo tanto judiciales—, frente al Ejecutivo; dentro del concepto clásico de división de los poderes. El juzgamiento de estos “actos administrativos” por parte de los jueces se hubiera interpretado como una intromisión inconveniente en los asuntos administrativos. Estos actos son juzgados solamente por el mismo Ejecutivo, a través de la jurisdicción contencioso-administrativa. En Francia de la actualidad todavía los actos administrativos son juzgados por una competencia administrativa, diferente de la judicial: el Consejo de Estado; una competencia que se llama “delegada”, es decir independiente, para contrastarla con la competencia “retenida”, como funcionó en la época temprana.

El posterior desempeño del concepto del acto administrativo se encuentra determinado por la ampliación de su esfera. No había reclamación contenciosa sin acto administrativo. Todavía hoy en Francia perdura el aforismo “pas de decision, pas d’action” —“sin acto administrativo previo, no hay acción contenciosa”, en referencia a la “decision préalable”.¹⁸ Una lógica ampliación de su órbita es el acto administrativo presunto. Para evitar que el silencio del órgano público conduzca a la indefensión —por no tener sobre qué reclamar—, se configura ese silencio como un acto administrativo que presuntamente rechaza la petición del ciudadano, que le habilita para impugnar ese acto administrativo presunto en el contencioso-administrativo. Ese acto administrativo presunto que nace históricamente como negativo, se presenta hoy como un acto administrativo presunto positivo; sin perjuicio de constatar que a veces conviene más al ciudadano la aplicación de la negativa presunta.¹⁹

18. Jacqueline Morand-Deville, *Cours de Droit Administratif*, op. cit., p. 693.
19. Ciertamente es que el art. 38 de la Ley de Modernización transformó el efecto del silencio administrativo, cuando éste se ha producido en positivo, reformándolo del carácter negativo que establece el art. 31 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Mas, no es menos cierto que de acuerdo con esta norma, cuando transcurrieran 30 días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo no haya dado solución al mismo, se entenderá que se ha producido una denegación a lo solicitado, normatividad que evidentemente continúa vigente en los casos en los cuales, si bien no es po-

Pero todavía la discusión de la validez o legalidad de la actuación administrativa se centra sobre un "acto administrativo" y si este no existe, se necesita "producirlo", como observa Benalcázar, quien señala el ejemplo de la reclamación de indemnizaciones del Estado, conforme al procedimiento establecido en el ERJAFE.²⁰ La jurisprudencia de casación de la Sala Administrativa de la Corte Suprema corrige la confusión inicial sobre el requerimiento de la "decision préalable" de los franceses, es decir el "acto administrativo previo", establecido en el ERJAFE, con el requisito del agotamiento de la vía administrativa.²¹ Posteriormente la jurisprudencia de casación estima que el requisito del "préalable" no equivale al requerimiento de agotar la vía administrativa sino a la necesidad de crear un acto impugnabile.²² En todo caso, a pesar de que la ley atribuye a la jurisdicción adminis-

sible aplicar la figura que da origen al silencio administrativo positivo, sin embargo no ha sido posible obtener, pese a la reclamación pertinente, la resolución favorable del reclamo. R. No. 55-04. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, 11 de febrero de 2004 (90-03): PETROECUADOR interpone recurso de casación contra sentencia de Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso-Administrativo en el juicio propuesto por el señor José Burbano Moyas, gerente y representante de SALMOPESCA Cía. Ltda. R.O. No. 366, 29 de junio de 2004.

20. Juan Carlos Benalcázar Guerrón, "El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos que se siguen en contra de la administración pública: una visión crítica de la situación del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador", en *Temas Constitucionales*, Quito, revista del Tribunal Constitucional, año 1, No. 2, junio 2004, p. 97.
21. Se casa la sentencia recurrida, porque no fue necesario el agotamiento de la vía administrativa para incoar la acción contencioso-administrativa, pues lo que se demanda es una indemnización, no por un acto, sino por un hecho causante de daños, y que, por tanto, procede la demanda relativa al pago de daños y perjuicios. R. No. 312-03, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, 17 de diciembre de 2003 (172-02): Dr. José Alejandro Chong Qui Lang Long interpone recurso de casación contra sentencia del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso-Administrativo de Guayaquil, en juicio contra del Gerente de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. R.O. No. 33514, mayo de 2004.
22. "...para que pueda iniciarse una acción contencioso-administrativa debe existir una manifestación de la voluntad de la administración que vulnere un derecho o interés directo del recurrente, situación que no ha ocurrido en el caso por lo que bien hizo el Tribunal *a quo* al desechar la acción por prematura. (...) su demanda no se rechaza por la falta de agotamiento de tal vía, como erradamente sostiene, sino por falta de acto administrativo impugnabile como se dijo en líneas anteriores". R. No. 407. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, 25 de noviembre de 2002 (112-02): Rosa Carmita Jaramillo Ortega contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo de Cuenca, juicio contra el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda. R.O. No. 50, 28 de marzo de 2003.

El hecho no siendo una relación jurídica, no puede merecer la calificación de legal o ilegal y por lo mismo, producido éste, bien puede el afectado reclamar directamente a la administración por los efectos dañosos e injustos que tal hecho le ha producido. Esta si-

trativa el conocimiento de los hechos y los contratos, además de los actos administrativos, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa solo contempla la impugnación de "actos administrativos" en el "recurso de plena jurisdicción o subjetivo" o el recurso "de anulación objetivo o por exceso de poder", para los actos normativos.

Dice García de Enterría:

Históricamente, los vicios del acto administrativo han ido surgiendo al compás de la propia expansión del recurso contencioso-administrativo (el recurso de anulación o *pour excès de pouvoir* en Francia), como otras tantas ouvertures del mismo: incompetencia, vicio de forma, desviación de poder y, finalmente, violación de ley y de los derechos adquiridos. Este todavía es el planteamiento habitual del Derecho francés.²³

Es cierto que la delimitación del concepto de acto administrativo a base de criterios jurisdiccionales se concibe originalmente como mejor tutela de los derechos del ciudadano, pero desemboca en aporías que contradicen esos mismos designios.

Como explica el autor citado, la enumeración clásica de causales de impugnación del acto administrativo en la vía contencioso-administrativa en España respondía al esquema francés, que ya fue calificado de "fundamento de división artificioso y falta de rigor lógico" desde 1956 en la Ley Jurisdiccional española, considerándose que "lo que importa es si existe infracción jurídica" estableciendo la ley de entonces el ilícito administrativo de una forma general: "Cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".²⁴

Las agudas observaciones de Mairal develan las contradicciones que genera el rígido enfoque procesal del acto administrativo. Las reglas de impugnación del acto administrativo, con breves plazos de caducidad de la ac-

tación jurídica es el objeto de la disposición de los artículos 130 y 131 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que se encontraban vigentes a la fecha de la interposición de la demanda. R. No. 293, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, a 19 de noviembre de 2003 (267-02): Elvia Elizabeth Neacato Fernández en su calidad de mandataria de varios ex servidores de la Empresa Nacional de Correos, recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso-Administrativo en el juicio contra del Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones y el Procurador General del Estado. R.O. No. 319, 22 de abril de 2004.

23. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Derecho Administrativo I*, op. cit., p. 635.

24. *Ibidem*.

ción procesal disponible para el ciudadano, transforma cualquier “acto” –no necesariamente un acto administrativo– del órgano público prácticamente en cosa juzgada “judicial”. Esto es tanto más clamoroso en cuanto convierte en acto firme y estable, incluso los actos nulos de pleno derecho, los actos inexistentes y, peor aún, como lo destaca Mairal, los que denomina “meros pronunciamientos administrativos”, es decir actuaciones del órgano administrativo sin competencia alguna, carentes de un sustento legal previo, que contradicen el principio constitucional según el cual a nadie se le puede impedir lo que la ley no prohíbe ni se le puede obligar a lo que no manda la ley. Estos actos, no obstante, gozan también de la presunción de legitimidad y de ejecutoriedad, además de su firmeza, si caducan los plazos de impugnación en vía judicial. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Ecuador contempla el acto nulo administrativo como distinto del acto administrativo ilegal, sin más distinciones, pero el término de caducidad de noventa días corre igualmente para la impugnación de la nulidad del acto administrativo absolutamente nulo.

En cambio, el Tribunal Constitucional de Ecuador tiene potestad para “revocar” el acto administrativo inconstitucional, dentro de cualquier tiempo y a petición de “cualquier persona”. La falta de plazos o términos de caducidad para el ejercicio de esta acción surge de la nulidad absoluta del acto inconstitucional. Esta competencia se revela como eficaz tutela de la garantía constitucional de los derechos subjetivos de los ciudadanos afectados por estos tipos de actos, actuaciones, actos “inexistentes” y “meros pronunciamientos administrativos”, por la causal de quebrantamiento de las normas constitucionales, de otra manera desamparados de la tutela judicial efectiva. Como bien hace notar Benalcázar, el apelativo de “acto u omisión ilegítimos” de cualquier autoridad pública “rebas a la de acto administrativo, e incluso a la de acto jurídico (con la salvedad de los contratos o actos normativos), para alcanzar, incluso a las manifestaciones de hecho”.²⁵

Como explica García de Enterría, la enumeración clásica de causales de impugnación del acto administrativo en la vía contencioso-administrativa respondía al esquema francés, que ya fue calificado de “fundamento de división artificioso y falto de rigor lógico” desde 1956 en la Ley Jurisdiccional española de 1956, considerándose que “lo que importa es si existe infracción jurídica” estableciendo la ley de entonces el ilícito administrativo

25. Juan Carlos Benalcázar, “El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos...”, en *op. cit.*, p. 97.

de una forma general: “Cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder”.²⁶

La Ley de lo Contencioso-Administrativo de España (1998) profesa una menor dependencia de la figura del acto administrativo pero una revisión de su contenido permite apreciar que sus normas giran todavía de una u otra manera alrededor de aquel antiguo y familiar concepto, como lo observa Garrido Falla.²⁷

En el día de hoy, la noción de acto administrativo posiciona a éste como un concepto que permite la mejor defensa de los derechos del ciudadano: su existencia se justifica en cuanto configura el mejor cumplimiento de los requisitos de los derechos de los ciudadanos. Cuando estos requisitos faltan o se menoscaban se puede presumir la lesión de los derechos del ciudadano. Esto ha sido reconocido por la Sala Administrativa de Casación de la Corte Suprema de Justicia el día de hoy.²⁸

26. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Derecho Administrativo I*, *op. cit.*, p. 635.

27. Fernando Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. III, *La Justicia Administrativa*, Madrid, Tecnos, 2001, p. 110: “Los redactores de la ley se jactan de haber introducido las siguientes importantes modificaciones (según ellos, antes inexistentes): el recurso contra la inactividad de la administración y contra las actuaciones materiales. Creo que no resulta ocioso que se hable expresamente en la ley de esas posibilidades, pero debe quedar claro que esto también era posible en la ley anterior”. Se refiere a las opciones que se encontraban vigentes del silencio administrativo y la acción interdictal para la “vía de hecho”.

28. Es evidente que la noción de acto administrativo está íntimamente relacionada con la sumisión de la administración pública a un determinado régimen de derecho o, dicho en otras palabras, al principio de legalidad, verdadera cláusula regia dentro de un Estado de Derecho. Al respecto, cabe citar al tratadista español Eduardo García de Enterría, quien manifiesta que: “el acto administrativo nace como una expresión necesaria de una potestad que es lo que conecta el acto a la legalidad y lo funcionaliza de una manera peculiar en el seno de la misma”. (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, Madrid, Civitas, 1997, 8a. ed., p. 539).

El acto administrativo al expedirse, nacer o crearse ha de expresar una de las potestades previamente especificadas por el ordenamiento jurídico, entonces el acto no nacerá si no hay una norma específica que lo autorice y prevea, ya que el acto administrativo se diferencia sustancialmente del negocio jurídico privado, por cuanto es esencialmente típico desde el punto de vista legal, nominado, no obedece a ningún genérico principio de autonomía de voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley. R. No. 407. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, 25 de noviembre de 2002 (112-02): Rosa Carmita Jaramillo Ortega, casación contra sentencia del Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo de Cuenca, juicio contra Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda. R.O. No. 50, 28 de marzo de 2003.

Inconstitucionalidades, ilegitimidades y nulidades de los actos administrativos

INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El análisis preliminar de la constitucionalidad del acto administrativo nos lleva a tratar sobre su expedición. Las infracciones de índole constitucional más importantes en la expedición del acto administrativo son las correspondientes a sus elementos clásicos: competencia y requisitos de la formación del acto, constantes en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.²⁹ Desde 1978 la Constitución Política del Ecuador exige que las autoridades solamente desempeñen las atribuciones contempladas en la Constitución y la ley –la competencia.³⁰ La Ley de Modernización, en consonancia con la doctrina contemporánea, añade el requisito de la motivación, incluido posteriormente en la normativa constitucional. La misma Ley Suprema, eleva a rango constitucional el “debido proceso”, que engloba los aspectos de la formación del acto. La Norma Suprema también descarta en la actualidad que existan actos o actuaciones de la administración que puedan excluirse del examen judicial.³¹ Su principal efecto es la justiciabilidad del llamado acto discrecional y del acto de gobierno.³² Todavía el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo se inhibe de conocer los actos administrativos sujetos a las leyes de la fuerza pública, aunque las actuacio-

29. Ver referencias legales y constitucionales en la discusión sobre la *ilegitimidad* del acto, en este mismo artículo.

30. En la reforma constitucional de 1998: “Art. 119. Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley...”. Adicionalmente, la misma Constitución otorga al Presidente de la República facultad para determinar competencias también –se entiende que a través de decretos ejecutivos. “Art. 171. Serán atribuciones y deberes del Presidente de la República los siguientes: 5. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración... 9. Dirigir la administración pública y expedir las normas necesarias para regular la integración, organización y procedimientos de la Función Ejecutiva.”

31. “Art. 196. Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.”

32. Cf. Juan Carlos Benalcázar, “El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos...”, en *op. cit.*, pp. 101-102.

nes de los cuerpos policiales y militares son juzgados sin restricciones por el Tribunal Constitucional.

El “control difuso” sobre la inconstitucionalidad del acto administrativo se fundamenta en la norma sobre la supremacía de la Constitución Política.³³

INCONSTITUCIONALIDAD EN LA FORMACIÓN DEL ACTO

Las inconstitucionalidades incurridas en la formación del acto administrativo coinciden, de forma general, con los vicios que configuran la llamada “ilegitimidad del acto”, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

La procedencia del amparo constitucional requiere de la existencia de un “acto ilegítimo”, que puede o no ser un acto inconstitucional, como se manifestó al inicio de este artículo. En efecto, es evidente que el amparo no requiere para su procedibilidad la existencia de un acto inconstitucional, sino de un “acto ilegítimo”, que puede o no ser inconstitucional. Adicionalmente a la existencia de un acto ilegítimo, se requiere que este acto lesione un derecho subjetivo constitucional, que de forma inminente amenace con causar un daño grave.

Por otra parte, la “acción de inconstitucionalidad del acto administrativo” requiere para su procedibilidad la impugnación de un acto administrativo propiamente inconstitucional.

Como se discute en este artículo, hay aspectos de la ilegitimidad del acto administrativo, tal como han sido enumerados por los fallos del Tribunal Constitucional, que no comportan infracciones constitucionales como serían las infracciones legales en el objeto, la causa, el fin, etc., del acto –ver discusión sobre la “ilegitimidad” en otro apartado de este artículo– y en general, tampoco serían inconstitucionales las causales relativas a la falta de concordancia con “el ordenamiento jurídico” o lo que se llama en forma más

33. “Constitución Política, art. 273. Las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas tendrán la obligación de aplicar las normas de la Constitución que sean pertinentes, aunque la parte interesada no las invoque expresamente. Art. 274. Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido...”.

amplia “juricidad” del acto. Aquí se incluye la llamada “desviación de poder” por la doctrina, aplicada por el Tribunal Constitucional, se manifestó que el acto aparentemente legítimo se desvirtuaba por aplicar normas sancionatorias exclusivamente a una persona, sin aplicarse a otras que no obstante se encontraban en la misma situación.³⁴

Mas, se debe considerar que todo acto administrativo cuyo “contenido” y objeto³⁵ lesionan un derecho subjetivo constitucional, es por definición “ilegítimo”, puesto que contradice la norma constitucional en un aspecto fundamental de su formación, tal como definida por las resoluciones del Tribunal Constitucional.³⁶

INCONSTITUCIONALIDAD EN EL OBJETO DEL ACTO

Un acto administrativo puede no infringir algún derecho subjetivo constitucional en su competencia, formación, debido proceso, incluyendo la motivación, es decir, gozar de plena legitimidad aparente –conformidad con la juricidad del Estado– pero ese mismo acto administrativo puede contravenir preceptos de la Constitución, diferentes de los derechos *subjetivos* constitucionales. ¿Cuáles serían estos casos? Ellos se encontrarían entre los actos administrativos aparentemente legítimos, que no afectan derechos subjetivos constitucionales, pero que incumplen otras disposiciones, principalmente aquellas que se denominan “objeti-

34. “...el acto administrativo ha sido dictado con evidente desafecto y discriminación ya que, al parecer, el accionante es el único funcionario sancionado con destitución, de entre otros en similares condiciones, lo cual conlleva a declarar que la sanción de destitución se torna ilegítima y causa grave daño al recurrente...”. R. 012-2000-TP, *Gaceta Constitucional*, No. 1, Resoluciones del pleno y salas, Quito, octubre de 2000, p. 105-106.

35. Sobre estos conceptos ver Eduardo García de Enterría, *Derecho Administrativo I*, op. cit., pp. 553 y 554.

36. “...el acto de autoridad se enmarca dentro de la normativa legal vigente, se cumplen los requisitos de legitimidad traducidos en competencia, contenido, declaración de voluntad, objeto, causa, fin y forma, de los que habla de un modo general la doctrina universal del Derecho Administrativo, para que el acto administrativo sea legítimo, perfecto y ejecutoriable...”. R. No. 0135-2003-RA. Tercera Sala. Vocal ponente: doctor Simón Zavala Guzmán. R.O. No. 122, 10 de julio de 2003.

“Tercera... el análisis de legitimidad del acto impugnado se basa no solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto del acto impugnado...”. R. No. 0036-2003-RA. Primera Sala. Ponente: Milton Burbano Bohórquez. R.O. No. 101, 11 de junio de 2003.

vas” constitucionales, especialmente las contenidas en la parte denominada “orgánica” por la doctrina, pero también en su parte dogmática. Finalmente, tales actos resultan también ilegítimos, según los criterios más recientes del Tribunal Constitucional, porque su “contenido” o su “objeto” son inconstitucionales. Estas infracciones resultan más fácilmente identificables cuando contradicen prohibiciones expresas constitucionales, por ejemplo, actos administrativos que contradigan los siguientes artículos de la Ley Suprema:

Art. 35. (...) 10. (...) Se prohíbe la paralización, a cualquier título, de los servicios públicos, en especial los de salud, educación, justicia y seguridad social; energía eléctrica, agua potable y alcantarillado; procesamiento, transporte y distribución de combustibles; transportación pública, telecomunicaciones. La ley establecerá las sanciones pertinentes. (...)

Art. 90. Se prohíben la fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.

Se pueden encontrar otras causales de inconstitucionalidad de actos administrativos que no afectan necesariamente derechos subjetivos constitucionales, como serían los actos administrativos de nombramientos que incurren en nepotismo (art. 125, Constitución), aquellos gestionados por diputados o el nombramiento de un diputado para un organismo colegiado público (art. 135, Constitución), la asignación discrecional de fondos a una municipalidad, salvo el caso de catástrofe (art. 232), el anatocismo en el sistema crediticio del sector público (art. 244, 4, Constitución), la transferencia de concesiones del uso de frecuencias electromagnéticas (art. 247, Constitución), etc.

Se puede concebir la distinción entre: 1. Actos administrativos ilegítimos que lesionan derechos subjetivos constitucionales –son susceptibles de amparo, si de forma inminente amenazan con causar un daño grave–; 2. Actos ilegítimos que lesionan derechos subjetivos constitucionales, que solo pueden reclamarse por vía de “acción de inconstitucionalidad” en caso de no amenazar de forma inminente un daño grave; y, 3. Actos administrativos ilegítimos por infringir un precepto constitucional, pero que no lesionan derechos subjetivos constitucionales, solamente son susceptibles de impugnarse vía “acción de inconstitucionalidad”.

Por último, se puede impugnar en sede judicial un acto administrativo dictado a base de una ley o reglamento inconstitucionales, en la vía del con-

tencioso objetivo, de nulidad o de exceso de poder, conforme la Resolución del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo.³⁷

“NULIDAD” DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En general, siguiendo la doctrina civil, las nulidades administrativas se distinguen entre nulidades absolutas –nulidades de pleno derecho– y nulidades relativas –anulabilidades.

Salvo excepciones, las nulidades de pleno derecho son retroactivas –tienen efectos ex tunc– mientras que los efectos de las anulabilidades, surten a partir de su declaratoria, es decir, sin efectos retroactivos.

Como muchas otras instituciones del Derecho Administrativo, la doctrina de las nulidades administrativas se desarrolla a partir de las instituciones correspondientes del derecho civil.

Así, en la aplicación de las nulidades al acto administrativo, se reconoce en principio la existencia de actos administrativos nulos de pleno derecho, anulables, además de los calificados “inexistentes” por la doctrina.

El acto inexistente solo puede considerarse tal, propiamente, si su aplicación es imposible, es decir su autor se encuentra imposibilitado de imponerlo. Pero, en la mayor parte de los casos, los actos llamados inexistentes por la doctrina, que provienen de una autoridad que puede imponerlo y lo llega a imponer, transforman el acto necesariamente en un acto nulo de pleno derecho a lo más, cuyo efecto es que necesariamente su “inexistencia” solamente se podrá declarar por el juez competente y, por supuesto, por el mismo órgano que lo dictó. Sobre estos actos dice García de Enterría:

...obliga a reducir la categoría del acto inexistente, refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no solo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efectos. Estos son, en rigor, los únicos actos que un particular puede desconocer sin que de su pasividad pueda seguirse perjuicio material –y, por supuesto, jurídico– alguno.³⁸

37. Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, Norma dirimente No. 8, de 24 de junio de 1991: “Resuelve: Que respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente”.

38. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Derecho Administrativo I*, op. cit., p. 610.

En general, los efectos de las nulidades administrativas son las mismas que en el derecho civil.³⁹

En el derecho español, determinar la inconstitucionalidad del acto administrativo es causal de nulidad, que es declarada en proceso contencioso-administrativo. Jordano intenta una sistematización de “la tipología de las lesiones abstractas más frecuentes a cuatro supuestos”:

A) Falta de motivación; B) actos administrativos que deniegan pretensiones dirigidas a obtener la igualdad en la legalidad o que operan un trato discriminatorio; C) actos que violan el derecho fundamental al acceso a las funciones y cargos públicos; D) actos Administrativos sancionatorios y derecho de defensa.⁴⁰

LEGALIDAD, LEGITIMIDAD Y JURIDICIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La denominación de “acto ilegítimo” que consta en el texto constitucional ha dado lugar a interpretaciones jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, recogidas en la Resolución interpretativa de la Corte Suprema de Justicia y actualmente en el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

A falta de mayor aclaración del texto constitucional y de la actual Ley de Control Constitucional, cabe acudir a la doctrina para escrutar la noción de legitimidad; pero en general, las interpretaciones doctrinales de la “legitimidad” son suficientemente amplias y más bien orientadas al enfoque de la ciencia política. En todo caso, en cualquiera de las interpretaciones, contempla una distinción entre el concepto de “legitimidad” y el de “legalidad”.

Para D’Ors, “la idea de legitimidad (ha sido) abusivamente utilizada en la polémica democrática de nuestro tiempo”. Así, “[l]a contraposición entre legitimidad y legalidad apareció como reacción contra la Revolución Francesa: para justificar la resistencia de la monarquía borbónica destronada a la nueva legalidad constitucional jacobina, y se impuso luego, como criterio estabilizador de la política europea, cuando las antiguas dinastías fueron restauradas, tras la caída de Napoleón ... Pero el problema es éste: planteada la legitimidad como simple recurso dialéctico con el fin de cam-

39. *Ibidem*, p. 611.

40. Jesús Jordano Fraga, *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 226.

biar las leyes, la legitimidad misma no corresponde ya a una ley o norma objetiva de cualquier clase, sino a la pura voluntad ideológica de los que no aceptan la ley actual". Cita D'Ors a Kelsen, que considera que "la legitimidad se funda exclusivamente en la legalidad", lo cual resulta consecuente con el enfoque puramente positivista de este último autor. Finalmente, como soluciones intermedias, D'Ors se refiere a identificaciones de la legitimidad con el derecho natural, pero un derecho natural que concuerde con los enfoques seculares de la Europa del siglo XX: "derechos humanos" y expresiones similares son sustitutivos laicos de la "ley divina".⁴¹

Entonces, resulta obvio que la disposición constitucional relativa al "acto ilegítimo" no se refiere a esta clase de legitimidad de índole ideológica y subjetiva y que su contenido lo tendremos que ubicar dentro de la normativa legal vigente. Algunas resoluciones de amparo del Tribunal Constitucional del Ecuador, que discuten el tema de la legitimidad del acto, se remiten a Díez e incluso a Royo Villanova,⁴² con lo que tendremos que interpretar un enfoque del procedimiento administrativo argentino, que establece entre las características del "acto administrativo" la "legitimidad". Según Díez:

...todo acto administrativo que sea perfecto y eficaz se presume legítimo, vale decir que ha sido dictado conforme al ordenamiento jurídico vigente. Si en el acto administrativo se encuentran todos los elementos necesarios para que sean posibles las consecuencias jurídicas correspondientes, puede considerarse que el acto es legítimo con relación a la ley y válido en relación a las consecuencias que debe producir.⁴³

Pero recuérdese que en Argentina el contencioso-administrativo revisa también la "legitimidad" del acto.⁴⁴

Por supuesto que existen otros enfoques de la doctrina, especialmente europea, sobre la "legitimidad" de acto administrativo. Jordano, por ejemplo, manifiesta:

41. Eugenio D'Ors, "Legitimidad", en *Ensayos de Teoría Política*, Pamplona, EUNSA, 1979, pp. 152, 135, 138 y 141.

42. *Gaceta Constitucional*, junio de 2001, No. 2, La Acción de Amparo Constitucional. Resoluciones 2000, Quito, 2001, pp. 102 y 35.

43. Manuel María Díez, *Derecho Administrativo*, tomo II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1976, p. 289.

44. *Ibidem*, t. IV, p. 112.

...[que] la doctrina tradicional, todavía prevalente, afirma que el acto administrativo es nulo si carece de un elemento esencial (voluntad, causa, contenido, forma), y anulable cuando presenta un vicio en uno de los requisitos de legitimidad, lo que equivale a decir en la violación de la ley, en la incompetencia y en el exceso de poder.⁴⁵

Asimismo, cita el ordenamiento italiano, donde "se distingue entre vicios de *legittimità* (incompetencia, desviación de poder, y violación de ley, como complejo de vicios de *mérito*) y aquellos relativos a la oportunidad en el ejercicio de potestades discrecionales".⁴⁶

Las resoluciones del Tribunal Constitucional del Ecuador han descrito el contenido del acto legítimo de una manera cada vez más amplia, pero que comprende básicamente el requerimiento de un debido proceso y su concordancia con la globalidad del ordenamiento jurídico vigente.⁴⁷

45. Jesús Jordano, *Nulidad de los actos administrativos...*, op. cit., p. 162.

46. *Ibidem*.

47. "...es necesario analizar si el acto materia de impugnación es o no legítimo, si los requisitos de competencia, contenido, declaración de voluntad, objeto, causa y forma de los que habla de un modo general la doctrina universal del Derecho Administrativo— para que el acto administrativo sea legítimo, perfecto y ejecutoriable, no se reúnen en el presente caso". R. No. 001-RA-99 I.S. Caso No. 707-98-RA. Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional, enero-diciembre 1999, p. 160.

Pero la noción de "acto ilegítimo" que se ha mantenido con un texto similar es: "...un acto se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación". R. No. 633-RA-00-IS, 18 de diciembre de 2000. *Gaceta Constitucional*, No. 2, Resoluciones 2000, junio 2001, p. 75.

La Resolución interpretativa de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 378, de 27 de julio de 2001, definía: "Art. 4. Un acto de autoridad es ilegítimo, es decir arbitrario, cuando: a) La autoridad no es competente para expedirlo o el acto excede sus atribuciones establecidas en la Constitución o en la ley; o, b) No se ha expedido con las solemnidades sustanciales exigidas por la Constitución o la ley".

La reforma de la Resolución interpretativa, publicada en el Registro Oficial No. 559, de 19 de abril de 2002, acogió el enfoque del Tribunal Constitucional y modificó la definición de acto ilegítimo:

"Art. 4. Un acto de autoridad es ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico, o cuando su cometido es contrario a dicho ordenamiento o ha sido dictado arbitrariamente, esto es, sin fundamento o suficiente motivación."

Finalmente, el proyecto de Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, define:

"Art. 51. ...Se considera acto ilegítimo aquel que ha sido dictado por una autoridad que

El Tribunal Constitucional también ha intentado estas distinciones entre legalidad y legitimidad.⁴⁸ Ha resuelto que la diferencia entre la ilegitimidad y la ilegalidad, determina si el acto puede ser impugnado ante el Tribunal Constitucional o deberá reclamarse ante los tribunales comunes.⁴⁹

Originalmente se enfatizaron los aspectos que se podían considerar de “legalidad” del acto, en cuanto coinciden, por ejemplo, con las causales de nulidad contempladas en el Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, que enfatizan la competencia, formalidades y procedimiento, siempre que estos dos últimos requisitos causen “gravamen irreparable o influyan en la decisión”.⁵⁰ El requisito para la motivación del acto administrativo se introduce en la Ley de Modernización,⁵¹ requisito que fue elevado a

no tiene competencia para ello, o sin observar los procedimientos previstos por el ordenamiento jurídico o bien que su contenido sea contrario a la Constitución o dicho ordenamiento o que haya sido dictado arbitrariamente o con abuso de autoridad, esto es, sin fundamento o suficiente motivación.”

48. “...es menester distinguir los conceptos de legalidad y legitimidad: y así, esta última significa lo que es conforme a las leyes, lo que es arreglado a la justicia y a la razón. Las condiciones de legitimidad de un acto son la competencia, el cumplimiento de los procedimientos establecidos en el ordenamiento jurídico, la adecuación a este, el debido fundamento y la motivación. Por su parte, el concepto de legalidad alude al modo de ser u obrar con arreglo a lo que estatuyen las leyes. Cuando se dice que una decisión es legal, se quiere significar que se ajusta a la norma fijada por el legislador. La actividad estatal se rige por ciertos principios jurídicos y se manifiesta a través de ciertas formas jurídicas. Ello importa una garantía en favor de los administrados y a la vez trasunta la eficacia de la gestión administrativa, que por meritoria que sea, tiene que respetar los derechos y libertades de los particulares de raigambre constitucional. Ahora bien, el artículo 95 de la Norma Suprema, como ya se dijo, ha instituido el amparo como un medio de control constitucional sobre un componente específico de la parte dogmática: los derechos constitucionales, que puedan ser lastimados por actos, no solo ilegales, sino más aún, ilegítimos...”. R. 1002-2001-RA, R.O. No. 532, 12 marzo de 2002, pp. 13-14.
49. “Tercera. El acto es ilegítimo cuando la autoridad pública lo ha expedido sin tener competencia, o es arbitrario o es derivado del abuso; y, el acto es ilegal, cuando se aparta de la ley.
Cuarta... Para los asuntos que versan sobre ilegalidades originadas en la administración pública, el juzgamiento se encuentra asignado a determinados órganos de la Función Judicial”. R. No. 740-02-RA. No. 740-02-RA. Primera Sala, magistrado ponente: Dr. René de la Torre Alcívar. R.O. No. 76, 7 de mayo de 2003.
50. Art. 59. Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.
51. Art. 31. Motivación. Todos los actos emanados de los órganos del Estado deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas

categoría constitucional, como elemento fundamental del debido proceso.⁵²

El Tribunal Constitucional contempla todos los elementos descritos de “legalidad” y se puede considerar entonces que la legitimidad se visualiza como un cumplimiento de estos requisitos de legalidad en la formación del acto, pero además en el acatamiento del conjunto de normas del “ordenamiento jurídico vigente”.⁵³

Otras resoluciones del Tribunal Constitucional completaron el concepto de legitimidad, abundando en criterios que se refieren a los llamados elementos y contenido del acto administrativo.⁵⁴

que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios.

52. Art. 24. Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia: ...13. Las resoluciones de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivadas. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Al resolver la impugnación de una sanción, no se podrá empeorar la situación del recurrente.
53. “...cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello, a que no se lo haya dictado con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario al ordenamiento jurídico vigente o bien que se lo haya dictado sin fundamento o suficiente motivación...”. R. No. 175-RA-01-I.S, caso No. 937-2000-RA. Primera Sala. R.O. No. 423, 1 de octubre de 2001.
54. “...el acto de autoridad se enmarca dentro de la normativa legal vigente, se cumplen los requisitos de legitimidad traducidos en competencia, contenido, declaración de voluntad, objeto, causa, fin y forma, de los que habla de un modo general la doctrina universal del Derecho Administrativo, para que el acto administrativo sea legítimo, perfecto y ejecutoriable...”. R. No. 0135-2003-RA. Tercera Sala. Vocal ponente: doctor Simón Zavala Guzmán. R.O. No. 122, 10 de julio de 2003.
“Tercera... el análisis de legitimidad del acto impugnado se basa solo en el estudio de competencia, sino también de su forma, contenido, causa y objeto del acto impugnado...”. R. No. 0036-2003-RA. Primera Sala. Ponente: Milton Burbano Bohórquez. R.O. No. 101, 11 de junio de 2003.
Según el tratadista argentino Manuel María Diez, para determinarse la legitimidad de acto debe analizarse si el acto administrativo emanado por el Concejo Municipal ha guardado el sentido “natural, implícito y eventual”; siendo el contenido natural el que le da individualidad al acto administrativo, le diferencia de otro acto; el contenido implícito, el que busca conformidad con la normativa jurídica vigente; y, el contenido eventual, aquel que le atribuye al acto condición, plazo y modo. R. No. 0709-2003-RA, R.O. No. 267, 5 de febrero de 2004. Magistrado ponente: Dra. Amparo Lalama. Tercera Sala.

Finalmente, los requisitos de la legitimidad del acto se completan con la proscripción del abuso, la arbitrariedad, la carencia de justicia o la falta de equidad.⁵⁵

El Tribunal Constitucional evalúa la “legalidad” del acto en función de los requisitos específicos de su expedición, mientras un control de “legitimidad” abarca el cumplimiento de las demás normas, es decir, del “ordenamiento jurídico vigente”. Esto concuerda con los criterios de la doctrina actual, que van más allá, con el examen de la “juridicidad” del acto administrativo que, no obstante se puede asimilar al análisis de la “legitimidad” en el juzgamiento del acto administrativo en el amparo constitucional ecuatoriano. En palabras de Soto Kloss, “la idea de juricidad, superación de la mera legalidad, reenvía directa e inequívocamente a Derecho y, por ende a toda la ordenación jurídica”.⁵⁶ Sesñ cita la jurisprudencia argentina, que resuelve: “La obligación de la administración... no solo surge de las normas específicas citadas precedentemente sino del resto del ordenamiento jurídico positivo”. Este autor manifiesta:

Actuar dentro del orden jurídico para satisfacer el interés público no es lo mismo que aplicar automática o ciegamente el contenido de la norma, por cuanto debe tenerse presente el ordenamiento entero en el cual se inserta y adquiere su verdadero sentido.

Por ello, en lugar de requisitos de legitimidad del acto administrativo debemos hablar de requisitos de juricidad y consecuentemente de control de juricidad: su razón es que la terminología actualmente en uso –“legitimidad” o “legalidad” podría entenderse prima facie demasiado apegado a la ley, olvi-

55. El acto originado en una autoridad pública es ilegítimo cuando es consecuencia del abuso o arbitrariedad... R. No. 699-2002-RA. Primera Sala, magistrado ponente: Dr. René de la Torre Alcívar. R.O. No. 76, 7 de mayo de 2003.

“...carente de justicia o falta de equidad”. R. No. 759-2002-RA. R.O. No. 88, 23 de mayo de 2003.

“Séptima. El acto constante en la resolución pronunciada (...) dados los antecedentes que se indican en párrafos anteriores, se encuentra caracterizado por la arbitrariedad, esto es, sin fundamento, convirtiéndole al mismo en ilegítimo”. R. No. 0252-03-RA, magistrado ponente: doctor René de la Torre Alcívar. Primera Sala. R.O. No. 165, 9 de septiembre de 2003.

“Que, el acto proveniente de una autoridad pública es ilegítimo cuando es fruto de la arbitrariedad o del abuso, o es el resultado de la falta de competencia de quien lo expidió, o es carente de justicia o falta de equidad”. R. No. 759-2002-RA. R.O. No. 88, 23 de mayo de 2003.

56. Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*, t. II, *El principio de juricidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 31.

dando de tal forma que la administración moderna debe someterse a un contexto mucho más amplio. De tal manera también son elementos que hacen a la juricidad del acto la buena fe, la igualdad, la proporcionalidad, la razonabilidad, el precedente; y sus vicios, la desviación de poder, la falsedad en los hechos, la ilogicidad manifiesta, el error manifiesto de apreciación, la arbitrariedad, la irrazonabilidad, entre otros”.⁵⁷

Impugnaciones de inconstitucionalidad

COMPETENCIAS PARA LAS IMPUGNACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD

Conforme se discute en el presente artículo, el acto administrativo inconstitucional se puede impugnar ante los siguientes órganos públicos: órgano administrativo (“en sede administrativa”), Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo, con casación ante la Corte Suprema; y, Tribunal Constitucional.

En *sede administrativa*, los órganos respectivos de la administración pública tienen potestad para declarar la *extinción del acto* o la *modificación del mismo*. El Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo sentencia la *nullidad* del acto, su *ilegalidad* o su *inaplicabilidad* y el Tribunal Constitucional puede declarar sea la *suspensión definitiva* o la *revocación* del acto administrativo, según se trate de acción de amparo constitucional o de acción de inconstitucionalidad de acto administrativo.

Cada una de estas vías tiene su propio procedimiento, determinado en los siguientes cuerpos legales: Estatuto Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Constitución Política, Ley de Control Constitucional y Reglamento de Trámites de Expedientes en el Tribunal Constitucional. En la acción de amparo constitucional, además de estas normas, la Resolución interpretativa de la Corte Suprema de Justicia para la tramitación de amparos, regula aspectos del amparo en forma tanto restrictiva como expansiva, que en su aplicación constituyen modificaciones de las normas interpretadas, por ejemplo,

57. Domingo Sesñ, “Acto administrativo: nuevos requisitos y vicios de juricidad”, en Carlos A. Botasi (director), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. Doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense, 2003, pp. 156, 152-153.

en la cuestión del juramento, donde los juzgados civiles, por lo menos de la provincia de Pichincha, exigen un juramento adicional al requerido en la Ley de Control Constitucional, sancionando su incumplimiento con una "inadmisión" de la Acción de Amparo por falta de este juramento adicional, que no está contemplada entre las causales de inadmisión establecidas en el art. 51 del citado Reglamento de Trámites.

EFFECTOS DE LAS DIFERENTES ACCIONES DE IMPUGNACIÓN

La extinción del acto administrativo

Dromi enumera las posibles extinciones del acto administrativo, por:

1) Cumplimiento del objeto; 2) Imposibilidad de hecho sobreviviente; 3) Expiración del plazo; 4) Acaecimiento de una condición resolutoria; 5) Renuncia; 6) Rechazo; 7) Revocación; 8) Caducidad; 9) Declaración judicial de inexistencia o nulidad.⁵⁸

En el presente estudio se deben considerar las nociones de revocación y declaración judicial de nulidad, así como de inaplicabilidad. Como se verá más adelante, el ERJAFE atribuye al órgano administrativo la potestad de declarar en sede administrativa la extinción del acto por motivos de legalidad, entre cuyas causales se encuentra la inconstitucionalidad. Conforme al significado mismo del término, la "suspensión" no extingue el acto, por lo que no se incluye en la numeración citada, aunque se examinará esta institución más adelante.

Según las normas administrativas vigentes, es posible la impugnación en sede administrativa por causal de inconstitucionalidad, sin necesidad de una declaratoria jurisdiccional previa de inconstitucionalidad. La administración pública está autorizada por el ERJAFE para decidir sobre la inconstitucionalidad de las normas para efectos de la declaratoria de extinción, con efectos *ex tunc* —es decir retroactivos. El ERJAFE determina la "nulidad de pleno derecho" de los actos "que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República", artículo que garantiza el "debido proceso", aunque tal vez la intención era citar el art. 23 que propiamente consagra los llamados "derechos

58. Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, op. cit., pp. 149-150.

fundamentales"⁵⁹ y "las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales... las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales" (art. 129, 1., ERJAFE). Según el Estatuto, tales actos, que contienen "vicios que no pueden ser convalidados o subsanados", por ser "nulos de pleno derecho" (art. 94, ERJAFE), deberán ser extinguidos de oficio, con efecto retroactivo (art. 93, ERJAFE).

Revocación del acto en sede administrativa

García de Enterría entiende por revocación "la retirada definitiva por la administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario".⁶⁰ La terminología usual, "distingue entre revocación y anulación de acuerdo al órgano que dispone la extinción":⁶¹ revocación, para el órgano administrativo y nulidad, declarada por el juez. La revocación de los actos administrativos por los órganos mismos que los dictaron, corresponde por motivos de legalidad y por motivos de oportunidad.⁶²

La revocación es una forma de extinción del acto administrativo, determinada por el órgano administrativo que lo expidió o por otro órgano ad-

59. Por lo menos es el enfoque del Estatuto español, que dispone: "Artículo 62. Nulidad de pleno derecho. 1. Los actos de las administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional...". Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27.11.92, corrección errores BOE 27-01-93), con varias reformas. Jordano, en su libro sobre este artículo, interpreta esta disposición como aplicable a los "derechos fundamentales en sentido estricto", sin perjuicio de discutir extensamente sobre las ambigüedades de esta figura. Jesús Jordano, *Nulidad de los actos administrativos...*, op. cit., pp. 55 y ss. Como se conoce, el Estatuto español inspiró literalmente grandes extensiones del ERJAFE.

60. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Derecho Administrativo I*, op. cit., p. 644.

61. Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, op. cit., p. 154.

62. ERJAFE: "Art. 90. Razones. Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad"; lo que se encuentra también autorizado por la legislación española, pero con una diferencia fundamental, puesto que en esta, para la declaratoria de oficio de nulidad de los actos administrativos se requiere del "previo dictamen favorable del Consejo de Estado", art. 102, 1. Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27.11.92, corrección errores BOE 27-01-93), incluyendo varias reformas, hasta 2001. Para la legislación argentina ver Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, op. cit., p. 155.

ministrativo legalmente autorizado. La declaratoria de nulidad corresponde al juez, no obstante lo cual se ha introducido por la doctrina y por las leyes una revocación que se sustenta en nulidades no declaradas judicialmente, sino apreciadas por la misma autoridad administrativa, lo que equivale a asignarle a ésta implícitamente la potestad anulatoria, sin el requerimiento de acudir a la declaración jurisdiccional. En este respecto, el ERJAFE también se ha inspirado en el Estatuto español, pero con la colosal diferencia que la ley española de procedimiento administrativo requiere la autorización previa del Consejo de Estado para que la administración pública pueda declarar la anulación correspondiente.⁶³

El ERJAFE dispone que la revocación del acto administrativo que hace el órgano administrativo tenga efectos retroactivos (*ex tunc*) cuando se realice por razones de legitimidad, producidos por vicios no convalidables, de actos nulos con nulidades de pleno derecho. La revocación por razones de oportunidad surte efectos a partir de la revocación (*ex nunc*).

IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La Constitución dispone que sus normas prevalecen sobre cualquier otra norma legal, las cuales “no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones”.⁶⁴ Para el efecto, los jueces o tribunales podrán declarar “inaplicables” los preceptos jurídicos contrarios a “las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales”, debiendo presentar “un informe sobre la declaratoria de in-

63. “Artículo 102. Revisión de disposiciones y actos nulos. 1. Las administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.

2. Asimismo, en cualquier momento, las administraciones públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 62.2...”. Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE 27.11.92, corrección errores BOE 27-01-93), incluyendo varias reformas, hasta 2001.

64. Art. 272, Constitución Política.

constitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio”.⁶⁵

La Norma Suprema complementariamente establece que “[l]os actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

Finalmente, se perfila el caso del acto administrativo expedido a base de una ley —o un reglamento— inconstitucional. Es el caso más usualmente considerado por la doctrina. Equivale esto a los actos administrativos impugnables en sede judicial contencioso-administrativo, es decir a los actos impugnados a través del recurso subjetivo o de plena jurisdicción y el recurso llamado objetivo, o de anulación, por exceso de poder. Es decir, el acto puede o no haber sido dictado conforme la normativa aplicable, mas el reglamento en el cual se basaba, adolecía de *ilegalidad* es decir, había excedido el poder o delegación, atribuidos por el Poder Legislativo. En tal caso, el efecto es la *anulación* del reglamento infractor y la consiguiente falta de aplicabilidad del acto expedido, sin que el Tribunal pueda declarar algún tipo de reconocimiento de derechos particulares. Secaira hace notar que la sentencia jurisdiccional administrativa del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, que *anula* el acto normativo en cuestión, tiene efecto retroactivo,⁶⁶ a diferencia de la resolución del Tribunal Constitucional que “suspende” total o parcialmente sus efectos, mas sin aplicación retroactiva,⁶⁷ suspensión que es diferente que la declarada en la acción de amparo constitucional.

El Tribunal Distrital Contencioso-Administrativo, según la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, declara la “legalidad o ilegalidad” de los “Reglamentos, actos o resoluciones” de la administración pública o de personas jurídicas de derecho público (art. 10, a).

La impugnación del acto administrativo inconstitucional en el recurso subjetivo o de plena jurisdicción se puede interpretar como la impugnación de la *legalidad* del acto, si se entiende legalidad en el sentido amplio que incluye la infracción de la Ley Suprema, puesto que también se ha considerado que los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo solamente pueden conocer la inconstitucionalidad del acto administrativo en una reclamación expresa de “inaplicabilidad”. Para Salgado el análisis de “la inconstitucio-

65. Art. 274, Constitución Política.

66. Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004, p. 251.

67. Arts. 276, 1 y 278, Constitución Política.

nalidad de los actos administrativos... no se inscribe en la naturaleza del control de constitucionalidad, sino que corresponde al ámbito de lo contencioso-administrativo que precautela el principio de legalidad".⁶⁸ Más adelante se verán los criterios de este autor sobre la potestad del juez del amparo constitucional de efectuar la declaratoria de inaplicabilidad, sin perjuicio de fallar sobre el amparo mismo.

Secaira dice que el fallo contencioso-administrativo puede llegar

...en ocasiones, cuando la legislación lo permite a expedir un nuevo acto administrativo que debe ser cumplido por la administración, sustituyendo de este modo aquel viciado de ilegalidad.⁶⁹

INCONSTITUCIONALIDAD DECLARADA COMO "INAPLICABILIDAD" POR LOS TRIBUNALES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS, POR LA CASACIÓN ADMINISTRATIVA Y POR LOS JUECES DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Una tercera opción de inconstitucionalidad se puede encontrar en actos administrativos que se sustentan en normas legales o reglamentarias inconstitucionales. Lógicamente, la ley o reglamento considerados inconstitucionales resultan válidos y aplicables hasta la declaración respectiva de los jueces o del Tribunal Constitucional.

En este caso, puede atacarse directamente la inconstitucionalidad del acto normativo inconstitucional ante el Tribunal Constitucional, incluso en el procedimiento del amparo constitucional. Salgado opina que "si un juez conoce de una acción de amparo puede, en dicho proceso individualizado, declarar la inaplicabilidad de una norma legal que el juez estima contraria a la Constitución".⁷⁰

Si la impugnación de la norma se hace a través de la acción de inconstitucionalidad de normas jurídicas, persistiría la validez del acto administrativo que fue dictado a base de la norma considerada inconstitucional, puesto que la declaratoria de inconstitucionalidad no tiene efecto retroactivo. Pero, en el ejemplo del amparo puesto por Salgado la declaratoria de "inaplicabilidad" declarada por el juez, no obsta a la declaratoria simultánea de suspensión del acto administrativo impugnado.

68. Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, op. cit., p. 67.

69. Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 239.

70. Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, op. cit., p. 85.

Esta interpretación coincide con el enfoque de la jurisprudencia española, citada por Álvarez Conde que dice:

Aunque las sentencias en los recursos de amparo no tienen eficacia *erga omnes*, sin embargo, se abre la puerta para que una sentencia estimatoria pueda conducir al planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por el propio Tribunal Constitucional (art. 55.2). Con ello, los efectos de la sentencia se extienden más allá de los efectos inter partes. En este supuesto parecen abrirse dos frentes: la inmediata del amparo y la mediata de la constitucionalidad. Aparte de ello se pueden producir decisiones contradictorias, pues la Sala solo detecta la inconstitucionalidad, siendo el Pleno quien decide. Quizá ello se hubiere podido obviar mediante la articulación de un amparo directo frente a un acto legislativo que siguiera la tramitación del recurso de inconstitucionalidad de forma semejante a lo que sucede para los conflictos constitucionales en el artículo 67, LOTC. En este sentido, nuestra jurisprudencia constitucional ha llegado a admitir la posibilidad de que el recurrente plantee la posible inconstitucionalidad de la ley que haya lesionado un derecho fundamental. En efecto, la sentencia del 18 de diciembre de 1981 dispone que "la inconstitucionalidad de la ley que lesione derechos fundamentales y libertades públicas puede ser alegada por el recurrente de amparo. De este modo, puede admitirse una pretensión directa de inconstitucionalidad sostenida por particulares, aunque limitada a las leyes que lesionen o coarten los derechos o libertades reconocidos en los artículos 14 al 30, CE, y a los casos en que el recurrente haya experimentado una lesión concreta y actual en sus derechos, y siempre que sean imprescindibles el amparo constitucional y la inconstitucionalidad de la ley".⁷¹

LA IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD

La acción de inconstitucional aplica directamente la norma relativa a la supremacía constitucional constante en la Ley Fundamental:

Art. 272. La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones...

71. Enrique Álvarez Conde, *Curso de Derecho Constitucional*, vol. II, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 338-339.

Esta acción de inconstitucionalidad de acto administrativo se diferencia de la acción de inconstitucionalidad de norma jurídica por las conocidas diferencias entre el acto administrativo, que afecta de manera expresa una situación subjetiva y la norma que tiene una validez general. Según Pérez Royo [e]l Recurso de Inconstitucionalidad (de leyes) es un control *abstracto*, es decir, un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto”,⁷² mientras que no se contempla en España una acción de inconstitucionalidad de acto administrativo. En consonancia con tal esquema, Salgado manifiesta:

Mucho se ha discutido sobre esta competencia del Tribunal que en mi criterio personal debe permanecer en el ámbito contencioso, por tanto debiera eliminarse esta atribución que no existió antes de la reforma de 1996.⁷³

En el procedimiento constitucional existe una vía de impugnación de normas y otra de actos administrativos, aunque sea solamente por denominación, puesto que el procedimiento es igual.

La acción de inconstitucionalidad de acto administrativo es una acción “objetiva”

Un acto administrativo por definición afecta en forma concreta a un individuo particular o a una serie identificable de individuos, que serían los únicos legitimados para impugnar tales actos, según las normas procesales comunes; salvo los casos de lesión de derechos difusos o derechos comunitarios. No obstante, para la impugnación del acto administrativo inconstitucional, dice la Ley Suprema que se encuentran legitimados “[m]il ciudadanos en goce de derechos políticos, o cualquier persona previo informe favorable del Defensor del Pueblo sobre su procedencia” (art. 277, 5).

Esta acción se limita a revisar, en abstracto, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de un acto administrativo de efectos particulares o concretos, contradicción que debe ser directa y no indirecta producto de la ilegalidad del acto.

72. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons, 2000, p. 937.

73. Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana, op. cit.*, p. 61.

Además se debe tener presente que, al tratarse del ejercicio de control abstracto, la acción de inconstitucionalidad no prescribe.⁷⁴

Otra consecuencia del carácter “objetivo” de esta acción es que no requiere de una legitimación basada en el interés directo, sino que corresponde a los actores legitimados que enumera la ley, incluyendo cualquier ciudadano, con el patrocinio del Defensor del Pueblo o con el respaldo de por lo menos mil ciudadanos.

La “revocatoria” en la declaratoria de inconstitucionalidad del acto administrativo declarada por el Tribunal Constitucional

En la acción de inconstitucionalidad de acto administrativo, la Constitución atribuye al Tribunal Constitucional la potestad de declarar la revocatoria del acto (art. 276, 2). Esta revocatoria, en acuerdo con la doctrina que se ha discutido, “dejará sin efecto la disposición” (“conlleva la extinción”, en términos de la LCC) y “no tendrá efecto retroactivo”: La LCC dice que “no afectará las situaciones jurídicas firmes creadas, al amparo de dicho acto administrativo, antes de su revocatoria” (art. 26, LCC).

Esta afirmación de la irretroactividad de la declaratoria, es relativamente apropiada. En efecto, según la doctrina que se ha revisado y las normas del procedimiento administrativo, esta “revocatoria” entraña el reconocimiento de una nulidad absoluta del acto administrativo en cuestión, cuyos efectos sí son retroactivos. Pero, la expresa disposición constitucional en forma evidente se orienta a proteger “las situaciones jurídicas creadas”, es decir, principalmente derechos adquiridos legítimamente por terceros.

Morales, por ejemplo, identifica la revocatoria declarada por el Tribunal Constitucional con la nulidad absoluta, puesto que afirma:

...la revocatoria implica la expulsión del acto del mundo jurídico, no siendo estos vicios convalidables, pero tiene efecto retroactivo, a diferencia de la señalada en el artículo 278 del Código Político, pues el acto revocado, y anulado por causa de inconstitucionalidad, nunca debió producir efectos.⁷⁵

74. Marco Morales Tobar, “Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador”, en *La Justicia Constitucional en la actualidad*, Quito, Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional, 2002, p. 132.

75. *Ibidem*, p. 134.

Esto lo ilustra Morales con la Resolución del Tribunal Constitucional que cita:

Que, el caso se enmarca en lo que dispone el art. 276, numeral 2 de la Constitución de la República, por lo cual la declaratoria de inconstitucionalidad conlleva la revocatoria del acto administrativo impugnado volviendo las cosas a su estado anterior, esto es que el Lcdo. JMT sigue como secretario titular de lo Civil de...⁷⁶

La potestad de “revocar” el acto administrativo que la Constitución otorga al Tribunal Constitucional, lleva a Secaira a opinar que los efectos revocatorios de la resolución le atribuyen al Tribunal “competencia imperativa para reformarlos o sustituirlos; sin perjuicio de que sea la propia administración la que adopte las medidas para preservar el respeto a las normas constitucionales”.⁷⁷

Suspensión del acto administrativo en el amparo constitucional

LA SUSPENSIÓN COMO PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Los autores ecuatorianos y los fallos del Tribunal Constitucional que se han ocupado del tema, coinciden en afirmar que el amparo constitucional es de naturaleza “cautelar”, que no entra a resolver el asunto de fondo.

Esto es parcialmente verdadero, en cuanto, por su naturaleza tutelar, con frecuencia la lesión a los derechos constitucionales subjetivos o el quebrantamiento de normas constitucionales exige reparar el daño y reponer la situación objetiva *ex ante*. Como se discute en otro apartado, sobre los efectos de la resolución del Tribunal Constitucional, estos efectos no son siempre los de una pura cautela.

76. *Ibidem*, R. 308-AA-00-IS, caso 1153-99-AA. Primera Sala, Tribunal Constitucional.

77. Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 262.

La doctrina sobre la naturaleza cautelar del amparo constitucional en el Ecuador

Sobre este tema de la naturaleza cautelar del amparo constitucional existe coincidencia entre los constitucionalistas ecuatorianos que tratan el tema. Salgado pone como ejemplo conflictos de “dominio... posesión, problemas contractuales o crediticios, fiscales u otros, que necesariamente deberán ser ventilados ante los jueces o tribunales competentes”.⁷⁸ Morales se refiere a fallos del Tribunal Constitucional que determinan los efectos “suspensivos y no definitivos, al no resolver el fondo del asunto impugnado”.⁷⁹ Con frecuencia se presentan en las acciones de amparo reclamaciones de tipo patrimonial, que son descartadas por el Tribunal Constitucional.⁸⁰ Oyar-te dice que “la jurisprudencia constitucional... ha comenzado a delimitar los efectos de la suspensión, señalando que... el administrado deberá acudir a las instancias pertinentes que resuelvan el fondo del asunto sometido”.⁸¹

78. “...se debe tener presente que, teniendo el amparo una naturaleza cautelar, no es por esta vía que se solucionarán conflictos mayores, aquellos que llamamos de fondo. Por ejemplo, conflictos relacionados con el dominio o propiedad, con la posesión, con problemas contractuales o crediticios, fiscales u otros, que necesariamente deberán ser ventilados ante los jueces o tribunales competentes. (...) el amparo dejará sin efecto la resolución de remoción o destitución, pero nada impide que ésta pueda volver a ser tomada, respetando los derechos y garantías constitucionales, si es que hay motivos legales suficientes para proceder de esta manera. Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, *op. cit.*, p. 78.

79. “...el Tribunal Constitucional se ha encargado de señalar, en algunos fallos (...) y determinar los efectos de la concesión del amparo: suspensivos y no definitivos, al no resolver el fondo del asunto impugnado”. Marco Morales, “Actualidad de la Justicia Constitucional...”, en *op. cit.*, p. 137.

80. El análisis sobre la legalidad de lo impugnado es materia que tiene que conocer y resolver la justicia ordinaria al estar en juego intereses patrimoniales. R. 0694-2003-RA, Tercera Sala. R.O. No. 253, 16 de enero de 2004.

En el mismo sentido: “...por la naturaleza de esta garantía constitucional, se hace presente que los instrumentos para hacer valer la repetición de lo indebidamente pagado no corresponden a una acción de índole estrictamente cautelar como es el amparo”. R. 331-2003-RA. R.O. No. 245, 6 de enero de 2004.

81. “En materia de amparo, por la naturaleza del proceso, la suspensión es una medida cautelar, por lo que el acto se suspenderá hasta que se resuelva el fondo del asunto que se propone (...) la jurisprudencia constitucional es la que ha comenzado a delimitar los efectos de la suspensión, señalando que la autoridad debe revisar que el acto sea en sede administrativa o jurisdiccional (sic) y que el administrado debe acudir a las instancias pertinentes que resuelvan el fondo del asunto sometido”. Rafael Oyarte, “La Acción de Amparo”, en *op. cit.*, p. 226.

En lo relativo a la jurisprudencia, numerosos y concordantes fallos del Tribunal Constitucional han resuelto consistentemente en el mismo sentido.⁸² El Tribunal Constitucional se ha manifestado incompetente “para decidir sobre si (los permisos) son completos y suficientes”,⁸³ por ejemplo.

La historia y la doctrina procesal sobre el procedimiento cautelar

El “interdicto” del Derecho Romano era una figura derivada del *imperium* del Pretor, que se manifestaba como una orden o una prohibición. Una de sus características podía ser la de fijar las apariencias, los hechos existentes, en forma inmediata, sin perjuicio de que las partes puedan demostrar en un juicio de conocimiento sus derechos de fondo, como en el caso de la po-

82. “...no corresponde a la acción de amparo lograr un pronunciamiento que verse sobre el fondo del asunto, ni suplir las acciones que pueden instaurarse sobre un determinado asunto...”. R. 165-2001-TP, caso No. 188-2001-RA, R.O. No. 419, 25 de septiembre de 2001, pp. 8-9.

Que al ser la acción de amparo una acción extraordinaria de naturaleza cautelar, no puede mediante ella hacerse un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, porque de acuerdo a lo dispuesto en la Constitución y la ley, el análisis del acto de autoridad pública se limita a verificar si fue dictado por autoridad competente, según los procedimientos legales y que se encuentre debidamente motivado. R. 410-RA-OI-IS, Caso No. 382-2001-IS, R.O. No. 434. “...por la naturaleza de esta garantía constitucional, se hace presente que los instrumentos para hacer valer la repetición de lo indebidamente pagado no corresponden a una acción de índole estrictamente cautelar como es el amparo”. R. 331-2003-RA, R.O. No. 245, 6 de enero de 2004.

“... el amparo no constituye un proceso de cognición o de ejecución sino una acción eminentemente cautelar (...) en virtud de su naturaleza cautelar de derechos subjetivos constitucionales, el amparo no resuelve el fondo del asunto controvertido, por lo que no revoca el acto u omisión denunciado como inconstitucional, sino que solo suspende sus efectos por lo que e posible que las partes, en sede administrativa o jurisdiccional, puedan hacer valer sus derechos o volver a actuar sobre el mismo asunto con la debida observancia de las disposiciones constitucionales (...) Este asunto es completamente ajeno a los propósitos que busca el amparo, pues no se trata de tutelar derechos constitucionales, sino de resolver sobre el fondo mismo del asunto...”. R. 151-RA-OI-I.S., R.O. No. 423, 1 de octubre de 2001, p. 48.

83. “...respecto a los otros permisos que anexa el accionante, el Tribunal Constitucional no es competente para decidir sobre si son completos y suficientes para operar una estación de servicio, por lo que esta acción de amparo se refiere exclusivamente a la ilegitimidad de la actuación del Municipio de Esmeraldas; y, en consecuencia, se resuelve sin perjuicio de cualquier oposición legal que pudiera realizar cualquier institución pública en ejercicio de sus atribuciones y también respecto a posibles vulneraciones de derechos de la colectividad tales como el medio ambiente...”. R. 475-2003-RA, Tribunal Constitucional. R.O. No. 268, 6 de febrero de 2004, con tres votos salvados, por otras consideraciones.

sesión, el juicio posesorio, que no prejuzga sobre la propiedad, controversia que se tiene que discutir en otro juicio, el juicio reivindicatorio.

En la evolución del interdicto del derecho romano, el magistrado dictaba “una orden hipotética”, condicionada a los hechos aparentes.⁸⁴ En el derecho privado inglés, un papel similar es desempeñado por el “interim injunction” que preserva la posición de las partes durante el juicio. Según Wade & Forsyths “la *injunction* también se utiliza como un remedio en derecho público contra actuaciones ilegales de instituciones gubernamentales y públicas”.⁸⁵

En la moderna doctrina procesal, se establece una distinción entre juicios de conocimiento, ejecutivos y cautelares, sin perjuicio de que se puedan disponer medidas cautelares en juicios tanto de conocimiento como en juicios ejecutivos, pero se conserva el mismo principio de que tales medidas son de índole provisional, que no prejuzgan sobre el resultado definitivo del proceso.

Carnelutti considera que la medida cautelar cumple con la necesidad de “el cambio probable de una situación”, o de “eliminar el cambio ya ocurrido de una situación” o, finalmente, “de anticipar el cambio probable o aun incluso posible de una situación”, Para estos efectos el juez, según los casos: “...inhibe que algo se haga o bien ordena que algo ya hecho se deshaga o bien, que se haga algo todavía no hecho”. Concluye, pues que el fin de la medida cautelar no es “la composición de la litis, de la misma manera que su efecto no es la declaración de certeza de una relación jurídica”, con lo que está de acuerdo el resto de la doctrina. Pero su conclusión más interesante es que:

Por tanto, a la división bipartita apoyada sobre el criterio de la conservación o de la innovación, me parece que se debe sustituir la: división tripartita concerniente al modo, con el cual la fijación de la situación de hecho entre los litigantes es garantizada: inhibición “proceso cautelar inhibitorio”, elimina-

84. “...no conocía ya directamente del asunto, como hacía antes, sino que se limitaba simplemente a fijar el derecho ya en el inicio mismo de aquél, antes de que comprobaran los hechos basándose, tan solo, en las declaraciones de las partes y expidiendo su *decretum* o su *interdictum*. Sin embargo, esta orden no tuvo las características absolutas que tenía en aquel período precedente. Fue tan solo, una orden hipotética sometida a la condición de que los hechos, a los cuales se adaptase, fueran posteriormente verificados”. Enrique Lozano y Corbi, *La legitimación popular en el Proceso romano clásico*, Barcelona, Bosch, 1982, p. 136.

85. H. W. R. Wade, & C. F. Forsyths, *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, Eight edition, pp. 554, 556.

ción "proceso cautelar restitutorio", o anticipación "proceso cautelar anticipatorio" del cambio.⁸⁶

El llamado "interdicto" de "no innovar ...no legislado orgánicamente ni mucho menos, tiende a proteger un derecho que se dice lesionado, y que de no mediar esa protección jurisdiccional podría volver irreparable la modificación de un estado de cosas, e ilusorio ese derecho", es mencionado por Bielsa al estudiar el proceso contencioso-administrativo. Este autor argentino señala que la jurisprudencia de su país acudió a "la ley 13, título 7o, partida 3a. de Partidas, según la cual pendiente el pleito no puede cambiarse el estado de la cosa objeto del mismo para que no sea trabada la acción de justicia y pueda ser entregada la cosa litigiosa al que deba recibirla".⁸⁷

García de Enterría dice que "[l]a acción interdictal no pretende resolver el problema litigioso de fondo, sino, exclusivamente, mantener la situación posesoria existente en un momento dado hasta tanto se resuelva sobre la titularidad del derecho en litigio en el juicio declarativo correspondiente".⁸⁸ En España, dice este autor, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁸⁹ determina una protección de los derechos y libertades, protección semejante a la de interdictos en la esfera patrimonial.⁹⁰

EFFECTOS DE LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA SUSPENSIÓN DEL ACTO DENTRO DEL PROCEDIMIENTO DEL AMPARO CONSTITUCIONAL

Dromi dice sobre la "suspensión":

...debe distinguirse entre extinción y suspensión de los efectos jurídicos del acto administrativo. (...) La cesación provisoria importa la suspensión. (...); la suspensión, por su parte, no puede ser indefinida ni "sine die", pues ello importaría una extinción encubierta del acto.

86. Francesco Carnelutti, *Derecho y Proceso*, "Derecho Procesal Civil", en *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Colección Clásicos del Derecho, 1994, pp. 229-231.

87. Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 1980, p. 321.

88. García de Enterría y Fernández, *Derecho Administrativo I*, op. cit., p. 803.

89. LRJCA de 13 de julio de 1998.

90. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Derecho Administrativo I*, op. cit., p. 804.

Algunas de las interpretaciones restrictivas sobre el efecto jurídico de la concesión del amparo y de la declaratoria de inconstitucionalidad del acto administrativo están influidas por el enfoque del Tribunal Constitucional como "legislador negativo", enfoque que es parcialmente adecuado en el Ecuador para la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y normas administrativas, pero no necesariamente para las resoluciones que conceden el amparo o que declaran la inconstitucionalidad de los actos administrativos.

La doctrina del control constitucional estadounidense ha definido la actuación del juez en asuntos constitucionales como de "legislador negativo". También se ha extendido este criterio al sistema de tribunales constitucionales del modelo europeo. Para Pérez Royo el Tribunal Constitucional español "es un órgano negativo o, si se prefiere, defensivo".⁹¹ Sobre la declaratoria de inconstitucionalidad de las leyes afirma que "el Tribunal Constitucional no puede dar respuesta positiva a las demandas de la sociedad".⁹²

Pero en la acción de inconstitucionalidad del acto administrativo, el Tribunal Constitucional ecuatoriano se atribuye la calidad de "legislador positivo y creador", que "puede disponer la expedición de un acto o la ejecución de un hecho que estaba obligada a hacer la obligación pública y no lo hiciera".⁹³

91. "...el Tribunal Constitucional es un órgano negativo o, si se prefiere, defensivo, que no existe nada más que para defender al Estado Democrático frente a su posible desnaturalización". Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 924.

92. "...la sentencia, en estos procedimientos es una decisión negativa, mediante la cual el Tribunal Constitucional constata que la interpretación inicial de la Constitución efectuada por el legislador al aprobar la ley no es correcta y que está en contradicción con la voluntad manifestada en su día por el constituyente al aprobar el texto constitucional en los términos en que lo hizo.

El Tribunal Constitucional no puede dar respuesta de manera positiva a las demandas de la sociedad...".

"...Por eso Kelsen decía que el Tribunal Constitucional es un legislador negativo.

Este carácter de legislador negativo del Tribunal Constitucional es el que domina por completo la regulación constitucional y legislativa de la sentencia en los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad. Todas las características de la decisión del Tribunal no son más que manifestación de lo mismo". *Ibidem.*, pp. 944-945.

Mas, para este último esquema, el concepto funciona para la inconstitucionalidad de las normas legales, reglamentarias y administrativas, pero no es el caso en lo relativo al amparo constitucional. La razón principal es que el amparo, en sus diversas modalidades, es de naturaleza cautelar, con todas las características que ostentan estos procedimientos.

93. Tribunal Constitucional, Primera Sala, Resolución No. 013-AA-99-IS, dictada en el caso No. 701-98-AA: "Que, los demandados señalan que el Tribunal Constitucional es un legislador negativo, por cuanto debe resolver lo que no se debió hacer, mas no pueden

Para el tema específico del efecto de la resolución del Tribunal Constitucional sobre amparo constitucional, Pérez Royo cita el artículo 39.1 de la LOTC (Ley Orgánica del Tribunal Constitucional) española: "Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados". Asimismo, menciona su característica de irretroactividad, es decir con efecto *ex nunc*.⁹⁴ Pérez Royo dice que la sentencia del amparo solo resuelve sobre "la vulneración del derecho fundamental de que se trate", donde no importa "la disputa o conflicto en que subyace el mismo".⁹⁵

Álvarez Conde cita el artículo 55 de la LOTC, según el cual la sentencia que otorga el amparo puede contener alguno de los tres pronunciamientos siguientes: a) "nulidad de la decisión, acto o resolución que haya impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos"; "b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado"; "c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación". Pero cita una Sentencia "10/1981, de 6 de abril", que resuelve que "el reconocimiento del derecho o el restablecimiento del recu-

ordenar qué se debe hacer (...) porque asumirían todos los poderes administrativos del Estado, sobre lo cual, la Sala de modo general en líneas anteriores manifestó que el Tribunal se convierte en legislador negativo, cuando una norma jurídica o un acto administrativo es contrario al texto constitucional y en legislador positivo y creador, cuando dispone que el accionado cumpla con la norma constitucional; de tal suerte que tal afirmación carece de fundamento, ya que el Tribunal Constitucional puede disponer la expedición de un acto o la ejecución de un hecho que estaba obligada a hacer la administración pública y no lo hiciera". Del mismo modo; ver Tribunal Constitucional, Resolución No. 1191-97, en los casos Nos. 174-92, 106-94 y 61-95, acumulados, exhorta a que el Congreso Nacional dicte normas de reforma legal y derogue otras disposiciones. Citado por Marco Morales, "Actualidad de la Justicia Constitucional...", en *op. cit.*, pie de página, p. 97, nota 45.

94. Javier Pérez Royo, *Curso de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, p. 946.

95. Únicamente resuelve —o debe resolver— sobre la vulneración del derecho fundamental de que se trate y repone las actuaciones en el momento en que se produjo tal vulneración, a fin de que continúe el procedimiento judicial ordinario y se administre la justicia que corresponda sin vulneración de derecho fundamental alguno.

El recurso de amparo es, por tanto, un recurso de naturaleza exclusivamente constitucional, en el que no interesa ni debe interesar la disputa o conflicto que subyace al mismo, sino únicamente si en la resolución de dicho conflicto se han vulnerado o no derechos fundamentales. No es la administración de justicia lo que interesa, sino que no hay fallos en el procedimiento de administración de justicia en lo que a derechos fundamentales y libertades públicas se refiere. *Ibidem*, p. 602.

rente en la integridad del mismo, no implican necesariamente la declaración de nulidad de la decisión o acto impugnado".⁹⁶

Ahora bien, la doctrina ecuatoriana sobre la suspensión definitiva que declara la resolución del amparo constitucional, establece el alcance de esta suspensión sujeta a la resolución del asunto de fondo. En teoría, si la sentencia o resolución de fondo del asunto la convalida, cesa la suspensión. De hecho, sea que tenga éxito la impugnación del acto vía amparo constitucional, sea que esta sea desestimada, el actor por lo general renuncia a la impugnación del fondo mismo, por lo cual la suspensión definitiva cobra el valor de una extinción propiamente dicha, según estima Secaira:

Hay otras corrientes, a las que nos adherimos, que sostienen que la suspensión definitiva del acto u omisión deja pendiente algo; por lo que, al calificársela de definitiva se entiende que es por siempre, en tal caso ya no existe suspensión sino eliminación, *in tempore*, del acto u omisión.

Con tal sustento, es evidente que la concesión del amparo elimina total o parcialmente los efectos jurídicos y materiales de la acción u omisión; de modo que el amparo constitucional tiene efectos revocatorios, con todas las consecuencias jurídicas que ello importa.⁹⁷

En todo caso, tiene razón Gordillo⁹⁸ cuando comenta que "cualquier abogado litigante sabe que no todo el que es derrotado en un amparo inicia un juicio ordinario", citando a García de Enterría, que constata que "quienes pierden la cautelar o un proceso sumario a veces ya desisten de proseguir el juicio ordinario, sea porque reconocen que no tienen derecho, o porque —agregamos nosotros— advierten que no se lo reconocerán en tiempo útil".

La cuestión es: si dentro de un procedimiento se ha producido un acto administrativo y este ha sido suspendido por el TC, ¿se deberá comenzar de nuevo el procedimiento o se podrá retomar el procedimiento en el punto en que se dictó el acto administrativo suspendido por afectar derechos constitucionales? Dice Salgado respecto del acto impugnado, que ha sido suspendido por el Tribunal, que "nada impide" que el mismo acto pueda expedirse de nuevo, pero esta vez "respetando los derechos y garantías constitucionales, si es que hay motivos para proceder de esta manera".⁹⁹ Observa Oyar-

96. Enrique Álvarez, *Curso de Derecho Constitucional*, *op. cit.*, vol. II, pp. 338-339.

97. Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 260.

98. Agustín Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo. La defensa del usuario y del administrado*, Medellín, Diké, 1998, p. XII-40, pie de página 9.7, XII-40.

99. "El amparo dejará sin efecto la resolución de remoción o destitución, pero nada impide

te que la jurisprudencia constitucional ha determinado que la suspensión puede convertirse “en realidad en una prohibición de innovar”.¹⁰⁰ Este autor pone el ejemplo de un funcionario destituido. Una vez declarada, en amparo constitucional, la “suspensión” del acto, el fallo “no solo dispone que el peticionario vuelva a ocupar el cargo, sino que todas las remuneraciones que no ha recibido durante el período intermedio deberán serles canceladas”.¹⁰¹

Secaira va más allá en la interpretación del efecto del amparo, considerando que

...será indispensable remediar la situación para que (el derecho violentado) se haga efectivo; lo que significa que, al ordenar, a la autoridad pública, el cumplimiento de algo, se ha sustituido un acto por otro que debe ser cumplido.¹⁰²

Sus argumentos son que la misma Constitución atribuye al amparo constitucional la propiedad de *remediar* las consecuencias del acto ilegítimo, “debe entenderse que solo resolviendo el fondo del asunto puede ponerse el remedio que no es otra cosa que la reparación del daño causado”.¹⁰³ Existen resoluciones del Tribunal Constitucional que parecen abonar esta tesis.¹⁰⁴

que esta pueda volver a ser tomada, respetando los derechos y garantías constitucionales, si es que hay motivos legales suficientes para proceder de esta manera”. Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, op. cit., p. 78.

100. “...es la jurisprudencia constitucional la que ha comenzado a delimitar los efectos de la suspensión, señalando que la autoridad debe revisar que el acto sea en sede administrativa como jurisdiccional y que el administrado debe acudir a las instancias pertinentes que resuelvan el asunto sometido (...). La suspensión, a pesar de su denominación, puede tener efecto retroactivo, cuando se trata de reparar, puede prevenir el daño, para evitar la vulneración del derecho o simplemente cesar la violación, es decir, suspender el acto propiamente. Entonces, lo que la C. Ec. denomina como “suspensión” es en realidad una prohibición de innovar, pues la primera, estrictamente, no tiene efecto de restitución. Rafael Oyarte, “La acción de amparo”, en op. cit., p. 226.

101. *Ibidem*, p. 227.

102. Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 361.

103. *Ibidem*.

104. Octavo. Por último, esta Sala deja constancia que la concesión del amparo tiene como propósito no solo a hacer cesar las consecuencias del acto ilegítimo, sino también a remediar sus efectos dañosos, razón por la cual, en la especie, el Presidente del H. Consejo de Clases y Policía de la Policía Nacional y la institución deberán proceder con estricto apego al ordenamiento jurídico, para efectos del ascenso al grado inmediato superior del Sargento de Policía Luis Emiliano Enrique Astudillo. R. 0754-2003-RA, R.O. No. 279, 25 de febrero de 2004. Magistrado ponente: Simón Zavala Guzmán. Tercera Sala.

García de Enterría considera la suspensión del acto administrativo: “una medida de carácter provisional y cautelar... en tanto se produce una decisión definitiva sobre la validez del mismo”. Cuando se resuelve el tema de fondo “si el acto resulta válido o se renuncia a revocarlo, reaparece la eficacia temporalmente suspendida y si, por el contrario, resulta inválido o es revocado, la eficacia cesa definitivamente”.¹⁰⁵

También, se debe recordar que la declaratoria de inconstitucionalidad de leyes, reglamentos y normas administrativas que resuelve el Tribunal Constitucional (art. 276, 1), es diferente de las inconstitucionalidades que se analizan en el presente estudio, suspende total o parcialmente los efectos de tales normas. Esta suspensión, por su naturaleza y consecuencias, es por completo diferente de la suspensión del acto que se declara en el amparo constitucional. De hecho, aquella resulta más bien en una derogatoria total o parcial de la norma declarada inconstitucional.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha rechazado acciones de amparo por equivocar el apelativo del efecto de la pretensión, solicitando “revocar” o “dejar sin efecto” el acto respectivo,¹⁰⁶ en vez de pedir la “suspensión”, cuando bien podía el juez constitucional suplir el error de derecho si es que consta claramente la intención del actor, conforme las reglas comunes del proceso.

EFFECTOS DEL AMPARO CONSTITUCIONAL EN OTROS ACTOS, LA PREVENCIÓN Y LA OMISIÓN

Suspensión de actos concomitantes o derivados

...medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública... (art. 95, Constitución).

105. Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, *Derecho Administrativo I*, op. cit., p. 583.

106. Que, del texto de la demanda de amparo constitucional y de la resolución emitida por el Juez Vigésimo Primero de lo Civil de Pichincha se establece, sin temor a dudas, que los actores se equivocan al plantear amparo constitucional toda vez que, con este acción, se persigue la suspensión del acto u omisión ilegítimo y no el dejar sin “efecto” o revocar el acto u omisión. R. 200-2001-TP. En el caso signado con el No. 1119-2000-RA. Julio César Dobronsky Navarro y otros, acción de amparo contra el Superintendente de Bancos. R.O. No. 433, 16 de octubre de 2001.

Cuando se habla de “consecuencias” ¿se puede pensar que el TC puede disponer el cese, evitar la comisión o remediar inmediatamente los actos administrativos y la continuación de procedimientos administrativos que se derivan del acto o de la omisión impugnadas?

Esta discusión es procedente porque el Tribunal Constitucional ha resuelto en varias ocasiones rechazar un amparo que impugna actos o actuaciones variadas, con sustento en que la norma constitucional específica que el amparo constitucional procede contra “un acto” (art. 95, Constitución). Pero existen resoluciones del Tribunal Constitucional que cuestionan este principio, como la que, refiriéndose a la frase “un acto” afirma que no debe tomarse “en estricto sentido literal ni restrictivo”.¹⁰⁷ En todo caso, debe parecer obvio que la declaratoria de suspensión definitiva de un acto administrativo, tiene como efecto la invalidez de todos los actos que se derivaron del acto que se suspendió.

Los efectos preventivos del amparo constitucional

La prevención cubre la posible comisión de un acto (que se puede cometer) o de una omisión (que la autoridad omita la expedición de un acto que debe expedir); pero también cubre la omisión ilegítima de la autoridad pública.

Existe jurisprudencia de amparos contra actos que se pueden producir, aunque todavía no se producen. El Tribunal Constitucional ha resuelto que la demostración de “que se prepara un acto ilegítimo cuya comisión es necesario evitar, a fin de que no pueda violar derechos consagrados en la Constitución” es suficiente para conceder un amparo constitucional.¹⁰⁸

107. “...el texto de la acción de amparo constitucional contenido en el art. 95 de la Constitución Política del Estado y en la Ley de Control Constitucional no debe ser interpretado en estricto sentido literal ni restrictivo, sino que debe interpretarse con fundamento en el principio pro homine, es decir, a favor de la persona, de forma tal que garantice la finalidad por la que fue creada que es la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, en la especie, de quien considera violados sus derechos subjetivos”. R. 239-2002-RA, de 28 de agosto de 2002, en amparo constitucional planteado por el CPNVEM Rogelio Viteri Ungaretti, contra el Consejo de Disciplina, Ministerio de Defensa.

108. Se ha demostrado, pues, que se prepara un acto ilegítimo cuya comisión es necesario evitar, a fin de que no pueda violar derechos consagrados en la Constitución. De igual forma, se ha demostrado que los derechos, tanto del recurrente como del Estado sufrirán daño inminente y sobre todo grave, de concretarse este acto. Por consiguiente, existe la certeza del advenimiento de actuación ilegítima de autoridad de la administración pública, con el consiguiente e inminente daño a derechos constitucionalmente consagrados que

Por supuesto, que esta situación en que se teme que la autoridad incurrida en la comisión de un acto ilegítimo, es diferente de aquella situación donde el acto específico es inexistente o no existen indicios de cómo y con qué bases se vaya a expedir, si es que ello ocurre.¹⁰⁹

Asimismo, el Tribunal Constitucional confirmó en todas sus partes la resolución del juez en amparo constitucional que suspendió “los efectos de cualquier acto administrativo proveniente del INDA, que pueda afectar los derechos constitucionales” de los actores; por considerar que “de lo expedición de un acto ilegítimo proveniente del INDA, que podría expedirse en cualquier momento y por ello es inminente, causaría un daño de enorme gravedad a las accionantes”.¹¹⁰

Los efectos del amparo constitucional en la omisión ilegítima

La “suspensión” cabe efectivamente para el caso de las actuaciones de la autoridad, mas no resulta aplicable para las “omisiones”, puesto que no es posible “suspender” una omisión, salvo que se entienda que al suplir la omisión, la autoridad pública la está efectivamente suspendiendo. El Tribunal Constitucional concede amparo por incumplimiento del Municipio de Quito (“acto de omisión ilegítimo”), de pagar según escalafón determinado en la ley.¹¹¹ En la R. 0680-2003-RA parece que el Tribunal Constitucional dispone que se entregue un incremento de cupo de vehículos, cupo que no se

este acto produciría de llegar a ejecutarse y la urgencia de tutelar de manera efectiva evitando el cometimiento del mismo. R. 947-2001-RA, de la Tercera Sala en el caso No. 947-2001-RA, publicada en el R.O. No. 612, 5 de julio de 2002.

109. Quinto. Que, de la revisión del proceso no aparece acto ni omisión que se impugne, en razón de que una de las peticiones concretas de los actores nace de su temor de que el centro educativo se reubique, y en consecuencia solicitan “la inmediata suspensión y revocatoria de cualquier acto administrativo tomado para la reubicación de dicho centro educativo”, sin que aparezca que tal acto exista; los propios actores señalan en su demanda que la Lcda. Morayma Tituaña, directora del Centro Educativo San Antonio, solicitó la reubicación del centro, por lo que la Dirección Provincial de Educación de Pichincha designó una comisión especial que realice una inspección del local, lo cual no puede “considerarse como ilegítimo, así como tampoco esta Sala puede valorar la legitimidad o ilegitimidad de un acto que no existe”, más aún cuando es potestad de la Dirección determinar los cambios de locales de los centros educativos, y como señala la parte demandada, el pedido lo han recibido de la persona registrada como autoridad Directora del plantel educativo. R. No. 0686-2003-RA, R.O. No. 282, 1 de marzo de 2004. Magistrado ponente: Dr. Jaime Nogales Izurieta. Tercera Sala.

110. R. 522-2003-RA, del Tribunal Constitucional. R.O. No. 230, 11 de diciembre de 2003.

111. R. 190-2001-TP, R.O. No. 429, 10 de octubre 2001, p. 24.

había entregado, a pesar de haberse cumplido todos los requisitos, aunque no se lo expresa de modo suficientemente claro.¹¹² En otros dos casos resuelve el derecho a obtener la reclamación: que se reconozcan “los valores relativos a la parte proporcional de la jubilación patronal”¹¹³ y que la autoridad remedie la omisión de “realizar el cambio del lugar de trabajo de la accionante a uno que le sea más favorable para su atención médica”.¹¹⁴

Disposiciones de amparo constitucional sobre silencio administrativo

Un caso especial de omisión es el de silencio administrativo, establecido en la Ley de Modernización, con un desarrollo jurisprudencial interesante de la Sala Administrativa de Casación de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, ni la legislación de silencio administrativo ni la jurisprudencia misma se aplican en la práctica de la administración pública ecuatoriana. En efecto, la jurisprudencia de casación ha establecido claramente que el silencio administrativo, legalmente probado por los medios establecidos en la ley, tan solo requiere de una orden de ejecución del Tribunal Constitu-

112. Noveno. Que, la resolución de Consejo Provincial de Tránsito de Los Ríos ... en la que niegan o revocan el incremento de cupo a la cooperativa de Transportes en Taxis Cachari en razón de la suspensión de operaciones decidida por el Consejo Nacional, resulta arbitraria e injusta para los socios de la Cooperativa que ostenta la legitimación activa en el proceso, pues, a pesar de haber cumplido con todos los requisitos legales y reglamentarios para trabajar regularmente se les niega esa posibilidad, y en consecuencia, se violan los derechos constitucionales de libertad de empresa, la igualdad ante la ley y la seguridad jurídica, y produce el efecto dañoso y grave al privarles de los medios lícitos que, dentro del giro de su negocio, les permita satisfacer sus necesidades vitales y las de sus familias. R. No. 0680-2003-RA. R.O. No. 271, 11 de febrero de 2004. Magistrado ponente: Dr. Enrique Herrería Bonnet. Tercera Sala.

113. Que, la falta de reconocimiento de los valores relativos a la parte proporcional de la jubilación patronal afecta gravemente la economía de la actora, que, tras haber laborado 20 años y menos de 25, debía contar con el reconocimiento económico por haber aportado a la institución durante ese considerable tiempo, a fin de afrontar, en alguna medida, las necesidades que presupone la situación de cesantía en consideración a las dificultades de ingresar al mercado laboral dada la situación de edad y en general los niveles de desempleo existente, tanto más que el espíritu de la reforma a la jubilación patronal fue precisamente éste; y, en ejercicio de sus atribuciones, resuelve: 1. Revocar la resolución del juez de instancia, en consecuencia, conceder el amparo solicitado y dejar sin efecto las negativas de reconocimiento de la parte proporcional de las jubilaciones patronales reclamadas... R. 158-2002- RA, Tribunal Constitucional. R.O. No. 745, del 15 de enero de 2003.

114. R. 942-2001-RA. Citado por Aída García Berni, “Anexo 1”, en Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, op. cit., p. 157.

cional, puesto que el silencio administrativo positivo no es aplicable directamente por el ciudadano. Es decir, en los casos en que fuera procedente que el ciudadano considere que legalmente le ha sido otorgada su petición a través del silencio administrativo positivo, no resulta legalmente titular del permiso o autorización presuntos, en forma directa e inmediata, sino que este acto presunto positivo deberá declararse por el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo, en una “acción ejecutiva”. Esta resolución, precisamente por ser ejecutiva y no de conocimiento, no admitiría el recurso de casación. Pero, afirma Secaira que “no existe normativa legal alguna que establezca tal acción ejecutiva, su procedimiento y competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso-Administrativo para conocerlos y resolverlos”. Otro obstáculo para la aplicación de la doctrina de la casación es, según Secaira que “la legislación nacional no contempla, para estos casos la categoría de acto administrativo inexistente”, por lo cual de haberse dado un acto administrativo contrario al acto administrativo presunto positivo, aunque se hubiera dictado con posterioridad al vencimiento del plazo establecido en la Ley de Modernización o en el ERJAFE, todavía tendría el ciudadano que impugnarlo ante lo contencioso-administrativo.¹¹⁵

En cambio, el Tribunal Constitucional ha reconocido desde hace unos pocos años la ejecución del silencio administrativo vía amparo constitucional, es decir, ha dispuesto que se ejecute el acto administrativo positivo presunto. En la recopilación de García se encuentra una Resolución donde el Tribunal Constitucional “considera otorgada la inscripción tardía solicitada”, por haberse operado el silencio administrativo positivo. Pero, en cambio, el Tribunal Constitucional determinó que “el juez..., al conceder el amparo extendiendo la autorización municipal respectiva, no solamente se excede en cuanto a sus atribuciones dentro de la jurisdicción constitucional que ejerce, sino que ha ejercido atribuciones que legalmente no le corresponden”.¹¹⁶

Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha dispuesto de manera más explícita la ejecución de silencios administrativos positivos.¹¹⁷

115. Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 221 y 223.

116. Aída García Berni, “Anexo 1”, en Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, op. cit. Resoluciones 387-RA-01-IS y 553-2002-RA. pp. 164 y 161, respectivamente.

117. Especialmente, cabe citar:

Octavo. Que, conforme obra del expediente, mediante Resolución No. 104 de 23 de junio de 2003 la Dirección General de Aviación Civil ha cumplido parcialmente la resolución dictada por el Juez Octavo de lo Civil de El Oro, quien en funciones de Juez Constitucional otorgó a la Compañía TRANSACSA Transacciones SA. el permiso de

Referencias bibliográficas

- Álvarez Conde, Enrique,
2000 *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, vol. II.
Benalcázar Guerrón, Juan Carlos,
2004 "El derecho a la tutela judicial efectiva en los procesos que se siguen en contra de la administración pública: una visión crítica de la situación del ordenamiento jurídico vigente en el Ecuador", en *Temas Constitucionales*, revista del Tribunal Constitucional, Quito, año I, No. 2, junio 2004.
Carnelutti, Francesco,
1994 *Derecho y Proceso*. "Derecho Procesal Civil", en *Derecho Procesal Civil y Penal*, México, Colección Clásicos del Derecho.
Cassagne, Juan Carlos,
1999 *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
2000 *Derecho Administrativo. II*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
Díez, Manuel María,
1976 *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra.

operación de trabajos aéreos de carga interna y externa en el Litoral y Región Amazónica y logística de los ejecutivos y empleados de las empresas con las que opere TRANSACSA S.A. Pero, para completar el trámite administrativo requerido, la misma autoridad debe conceder por el plazo máximo que la ley faculta y de manera inmediata la matrícula y certificado de operador aéreo y cuanta autorización haga falta para que los mencionados helicópteros puedan operar sin restricción alguna, ya que la accionante cumple con los requisitos legales y técnicos que son menester; pues de lo contrario, se comprometería la garantía de la seguridad pública determinada en el artículo 26 del artículo 23 de la Constitución Política de la República del Ecuador, razón de ser de la presente acción de amparo. Lo expresado en los considerandos precedentes constituyen motivos suficientes por los que, La Tercera Sala del Tribunal Constitucional, resuelve: 1. Ratificar la resolución del Juez Octavo de lo Civil de El Oro y conceder el amparo constitucional propuesto por Federico José Loo Oporto, Gerente General de TRANSACSA, Transacciones S.A. en consecuencia la parte accionada dará inmediato cumplimiento a lo aquí resuelto en los términos detallados en el considerando octavo de la presente resolución. R. 0402-2003-RA R.O. No. 195, de 22 de octubre de 2003. Tercera Sala. Vocal ponente: Dr. Enrique Herrería Bonnet. Asimismo, que de lo manifestado esta Sala considera que es procedente que EMSAT realice la constatación vehicular del bus cuyo código es el 676, marca Mercedes Benz, de propiedad del señor Hernán Tirira, a cargo de la operadora Transportes Guadalajara cuyo código de ruta es el 009; Por lo expuesto y en uso de sus atribuciones legales, resuelve: 1. Revocar la resolución subida en grado, y en consecuencia, conceder la acción de amparo constitucional propuesta por el señor Hernán Tirira Orbe en los términos expresados en el último considerando de esta resolución. R. 736-2002-RA. Primera Sala. R.O. No. 20, 12 de febrero de 2003. Magistrado ponente: doctor Marco Morales Tobar.

- D'Ors, Eugenio,
1979 "Legitimidad", en *Ensayos de Teoría Política*, Pamplona, EUNSA.
Dromi, Roberto,
1995 *Licitación Pública*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
1997 *El Acto Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina.
García Berni, Aída,
2004 "Anexo I", en Hernán Salgado Pesantes, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional.
García de Enterría, Eduardo; Tomás-Ramón Fernández,
2000 *Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas.
Garrido Falla, Fernando,
2001 *Tratado de Derecho Administrativo*, volumen III, *La Justicia Administrativa*, Madrid, Tecnos.
Jordano Fraga, Jesús,
1997 *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons.
Laubadere, André de; Franck Moderne E. y Pierre Devolve,
1983 *Traité des Contrats Administratifs*, tomo I, París, LGDJ.
Long, M.; P. Weil y G. Braibant,
1984 *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, París, Sirey.
Lozano y Cobri, Enrique,
1982 *La legitimación popular en el proceso romano clásico*, Barcelona, Bosch.
Morales Tobar, Marco,
2002 "Actualidad de la Justicia Constitucional en el Ecuador", en *La Justicia Constitucional en la actualidad*, Quito, Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional.
Morand Deviller, Jacqueline,
2003 *Cours de Droit Administratif*, París, Montchrestien.
Oyarte Martínez, Rafael,
2004 "La acción de amparo", en Pablo Pérez Tremps (coord.), *Los derechos fundamentales*, Quito, Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional.
Pérez Royo, Javier,
2000 *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
Salgado Pesantes, Hernán,
2004 *Manual de justicia constitucional ecuatoriana*, Quito, Tribunal Constitucional / Instituto de Derecho Público Comparado de la Universidad Carlos III de Madrid / Comisión Europea / Corporación Editora Nacional.
Secaira Durango, Patricio,
2004 *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Quito, Editorial Universitaria.

- Sesín, Domingo.
2003 "Acto administrativo: Nuevos requisitos y vicios de juricidad", en Carlos A. Botasi (dir.), *Temas de Derecho Administrativo. En honor al Prof. doctor Agustín A. Gordillo*, La Plata, Librería Editora Platense.
- Soto Kloss, Eduardo,
1996 *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales*. t. II, *El principio de juricidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- Vedel, Georges,
1992 *Droit Administratif*, tomo 1, París, PUF.
- Wade, H. W. R. & C. F. Forsyths,
2000 *Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, Eighth edition.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CITADAS

- R. 410-RA-01-IS. Caso No. 382-2001-IS, R.O. No. 434.
R. 1191-97, en los casos Nos. 174-92, 106-94 y 61-95.
R. 013-AA-99-IS. dictada en el caso No. 701-98-AA.
R. No. 001-RA-99-I.S. Caso No. 707-98-RA. Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional, enero-diciembre 1999, p. 160.
R. 1119-2000-RA. Julio César Dobronsky Navarro y otros, acción de amparo contra el Superintendente de Bancos. R.O. No. 433, 16 de octubre de 2001.
R. 633-RA-00-IS. 18 de diciembre de 2000. Gaceta Constitucional. Junio de 2001. No. 2, Resoluciones 2000, p. 75.
R. 308-AA-00-IS. caso 1153-99-AA. Primera Sala, Tribunal Constitucional. Citado por Marco Morales, "Actualidad de la justicia constitucional en el Ecuador", en *op. cit.*
R. 165-2001-TP. Caso No. 188-2001-RA, R.O. No. 419, 25 de septiembre de 2001.
R. 151-RA-01-I.S. R.O. No. 423, 1 de octubre de 2001.
R. 175-RA-01-I.S. Caso No. 937-2000-RA. Primera Sala. R.O. No. 423, 1 de octubre de 2001.
R. 190-2001-TP. R.O. No. 429, 10 de octubre 2001.
R. 1002-2001-RA. R.O. No. 532, 12 marzo 2002, pp. 13-14.
R. 947-2001-RA, de la Tercera Sala en el caso No. 947-2001-RA, publicada en el Registro Oficial R.O. No. 612, 5 de julio de 2002.
R. 387-RA-01-IS y 553-2002-RA.
R. 239-2002-RA, de 28 de agosto de 2002, en amparo constitucional planteado por el CPNVEM Rogelio Viteri Ungaretti, contra el Consejo de Disciplina, Ministerio de Defensa.
R. 942-2001-RA. Citado por Aída García Berni. "Anexo 1", en Hernán Salgado, *Manual de justicia constitucional ecuatoriana, op. cit.*
R. 158-2002- RA, Tribunal Constitucional. R.O. No. 745, del 15 de enero de 2003.
R. 736-2002-RA. Primera Sala. R.O. No. 20, 12 de febrero de 2003. Magistrado ponente: doctor Marco Morales Tobar.

- R. 0036-2003-RA. Primera Sala. Ponente: Milton Burbano Bohórquez. R.O. No. 101, 11 de junio de 2003.
R. 699-2002-RA. Primera Sala. Magistrado ponente: Dr. René de la Torre Alcívar. R.O. No. 76, 7 de mayo de 2003.
R. 740-02-RA. Primera Sala. Magistrado ponente: Dr. René de la Torre Alcívar. R.O. No. 76, 7 de mayo de 2003.
R. 759-2002-RA. R.O. No. 88, 23 de mayo de 2003.
R. 0036-2003-RA. Primera Sala. Ponente: Milton Burbano Bohórquez. R.O. No. 101, 11 de junio de 2003.
R. 0135-2003-RA. Tercera Sala. Vocal ponente: doctor Simón Zavala Guzmán. R.O. No. 122, 10 de julio de 2003.
R. 0252-03-RA. Magistrado ponente: doctor René de la Torre Alcívar. Primera Sala. R.O. No. 165, 9 de septiembre de 2003.
R. 0402-2003-RA. R.O. No. 195, de 22 de octubre de 2003. Tercera Sala. Vocal ponente: Dr. Enrique Herrería Bonnet.
R. 522-2003-RA. del Tribunal Constitucional. R.O. No. 230, 11 de diciembre de 2003.
R. 331-2003-RA. R.O. No. 245, 6 de enero de 2004.
R. 0694-2003-RA. Tercera Sala. R.O. No. 253, 16 de enero de 2004.
R. 0694-2003-RA. Tercera Sala. R.O. No. 253, 16 de enero de 2004.
R. 0709-2003-RA. R.O. No. 267, 5 de febrero de 2004. Magistrado ponente: Dra. Amparo Lalama. Tercera Sala.
R. 475-2003-RA, Tribunal Constitucional. R.O. No. 268, 6 de febrero de 2004 –con tres votos salvados, por otras consideraciones.
R. No. 0680-2003-RA. R.O. No. 271, 11 de febrero de 2004. Magistrado ponente: Dr. Enrique Herrería Bonnet. Tercera Sala.
R. 0754-2003-RA. R.O. No. 279, 25 de febrero de 2004. Magistrado ponente: Simón Zavala Guzmán. Tercera Sala.
R. No. 0686-2003-RA. R.O. No. 282, 1 de marzo de 2004. Magistrado ponente: Dr. Jaime Nogales Izurieta. Tercera Sala.

RESOLUCIONES DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CITADAS

- Resolución interpretativa de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 378, de 27 de julio de 2001.
Resolución interpretativa No. 2 de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial No. 559, de 19 de abril de 2002.
R. No. 407. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, a 25 de noviembre de 2002; (112-02): Rosa Carmita Jaramillo Ortega contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso-Administrativo de Cuenca, juicio contra el Ministro de Desarrollo Urbano y Vivienda. R.O. No. 50, 28 de marzo de 2003.

- R. No. 293, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, a 19 de noviembre de 2003; (267-02): Elvia Elizabeth Neacato Fernández en su calidad de mandataria de varios ex servidores de la Empresa Nacional de Correos, recurso de casación en contra de la sentencia dictada por la Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso-Administrativo en el juicio contra del Ministro de Obras Públicas y Comunicaciones y el Procurador General del Estado. R.O. No. 319, 22 de abril de 2004.
- R. No. 312-03, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, a 17 de diciembre de 2003; (172-02): Dr. José Alejandro Chong Qui Lang Long interpone recurso de casación contra sentencia del Tribunal Distrital No. 2 de lo Contencioso-Administrativo de Guayaquil, en juicio contra del Gerente de la Corporación Aduanera Ecuatoriana. R.O. No. 335, 14 de mayo de 2004.
- R. No. 55-04. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Quito, a 11 de febrero de 2004; (90-03): PETROECUADOR interpone recurso de casación contra sentencia de Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso-Administrativo en el juicio propuesto por el señor José Burbano Moyas, Gerente y representante de SALMOPESCA Cía. Ltda. R.O. No. 366, 29 de junio de 2004.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CITADAS

Norma dirimente No. 8, de 24 de junio de 1991: "Resuelve: Que respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación, cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente".

PARTE SEGUNDA

Descentralización y Constitución