



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

La Autotutela Administrativa y la Acción de
Lesividad en el Sistema Jurídico Ecuatoriano

Autor: Patricio Javier Sanmartín Cabrera

Director: Dr. Guillermo Ochoa Rodríguez

Cuenca-Ecuador

2021

Dedicatoria

A mi hija Isabela y a mi esposa, por ser las personas que me inspiran a seguir luchando por mis sueños y hacer de mí una mejor persona día a día.

Agradecimiento

A Dios y a mi familia.

A mi esposa e hija por ser el apoyo constante, y por todos los sacrificios que han realizado, gracias a los cuales he logrado mi primera meta profesional.

A mis padres, Diego y Carmen, por los valores y principios inculcados; y con especial ahínco a mi madre por siempre estar presente en las vicisitudes y ser pilar fundamental de mi vida.

A la Universidad del Azuay, por las enseñanzas, particularmente a mi tutor por el apoyo brindado en el trabajo.

A mis amigos en general, y de manera especial, a José Luis, por el apoyo brindado y por siempre estar dispuesto a ayudar en lo que pudo.

Resumen

En el constante ejercicio de la función administrativa, la administración pública a fin de solventar las necesidades de los administrados, manifiesta su voluntad mediante diferentes instituciones jurídicas, siendo la más relevante el acto administrativo.

Pero muchas veces este acto administrativo con el cual se concede un derecho a una persona debe ser revisado o extinguido del tráfico jurídico, es de esta manera que la administración tendrá dos formas de hacerlo, siendo la primera la revisión de oficio contemplada en el artículo 132 del COA, supuesto aplicable para anular y revocar actos administrativos que adolecen de vicios de nulidad, o mediante la aplicación de la lesividad cuando estamos frente a actos administrativos regulares o con vicios convalidables, los cuales para poder ser revocados necesariamente deberán ser sujetos de un tratamiento especial esto es su declaratoria de lesividad en sede administrativa para posterior a la misma acudir a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para que sean estos quienes lo extingan del tráfico jurídico.

ABSTRACT

In the constant exercise of the administrative function, public administration, in order to solve the needs of the administered, expresses its will through different legal institutions, being the most relevant the administrative act. However, this administrative act, which is often granted to a person, must be reviewed or extinguished to simplify legal transactions. In this case, the administration will have two ways to do it. The first is the ex officio review contemplated in article 132 of the COA, which is an applicable assumption to annul and revoke administrative acts that suffer from nullity defects. Second, through the application of harmfulness when we are facing regular administrative acts or validated defects, which in order to be revoked must be declared harmful in the administrative headquarters to later go to the Administrative Litigation Courts, so that they are the ones who cease it by means of a judgement.

Translated by

A handwritten signature in blue ink that reads "Magali Aiteaga". The signature is stylized with a large, sweeping flourish at the end.A handwritten signature in blue ink that reads "Patricio Sanmartín". The signature is written in a cursive style.

Patricio Javier Sanmartín Cabrera.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

<i>Introducción</i>	1
<i>Capítulo I</i>	2
<i>Administración Pública</i>	2
Acto Normativo de Carácter Administrativo	3
Acto de Simple Administración	5
Contrato Administrativo	6
Hecho Administrativo	7
Acto Administrativo	8
Relevancia del Acto Administrativo.....	8
Origen Histórico	9
Antecedente Normativo	10
Concepto Acto Administrativo	11
Concepto Doctrinario.....	12
Elementos del Acto Administrativo.....	15
Caracteres y Efectos del Acto Administrativo.....	20
Clases de Actos Administrativos	24
<i>Sistema de Nulidades del Acto Administrativo</i>	25
Importancia del sistema de nulidades	25
Antecedente histórico	25
Clases de nulidad en la doctrina administrativista	26
La nulidad absoluta o de pleno derecho opera cuando:	26
Anulabilidad o nulidad relativa:	26
La importancia de la distinción entre las clases de nulidad.....	27
La Nulidad Dentro del Sistema Jurídico Ecuatoriano	28
Absoluta.....	29
Relativa	29
Causales de Nulidad en el Código Orgánico Administrativo	31
Extinción el Acto Administrativo	31
<i>Capítulo II</i>	34
<i>La Autotela Administrativa, Anulación de Actos: Los Actos Administrativos</i>	34
La Autotutela Administrativa	34

Clasificación de la autotutela.....	35
Autotutela declarativa o de primer grado	35
Autotutela ejecutiva	35
La autotutela reduplicativa de segundo grado o potencia.....	35
La Autotutela en el Sistema Jurídico Ecuatoriano.....	36
Supuestos en los cuales se aplica la autotutela	36
Límite de la anulación de actos mediante revisión de oficio.....	39
Procedimiento que se debe seguir para la anulación del acto administrativo	41
<i>Capítulo III</i>.....	43
<i>La Lesividad</i>.....	43
Antecedente histórico	43
Concepto de la declaratoria de lesividad.....	43
Regulación de la lesividad en legislación española	45
Regulación de la lesividad en el Ecuador	45
Revocatoria de actos favorables lesividad.....	48
Procedimiento en vía judicial	50
<i>Conclusiones</i>.....	52
<i>Referencias</i>.....	53

Introducción

El presente trabajo de titulación de carácter investigativo analiza la autotutela administrativa y la acción de lesividad en el Sistema Jurídico Ecuatoriano. El tema es relevante porque la administración pública, a través de la función administrativa manifiesta su voluntad de diferentes maneras, entre las que destaca el *Acto Administrativo*; éste al emitirse genera condiciones nuevas porque crea o extingue derechos hacia los administrados. Sin embargo, hay ocasiones en las que los actos administrativos deben ser sacados del tráfico jurídico, es aquí que toma relevancia la autotutela administrativa así como la lesividad, siendo la primera aplicable en aquellos casos en los que estamos frente a casos nulos y por lo tanto la administración podrá revocarlos y extinguirlos en sede administrativa; la lesividad, en cambio, se aplica cuando se está frente a actos administrativos regulares o con vicios convalidables, supuesto en el cual la administración deberá declarar los lesivos al interés general para posteriormente acudir a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo a fin de demandar la declaratoria de lesividad.

El presente estudio está conformado de la siguiente manera. En el Capítulo I se abordan los temas relacionados con la Administración Pública, el Acto Administrativo y el Sistema de Nulidades del Acto Administrativo. En el primer caso, se analiza el acto normativo de carácter administrativo, el acto de simple administración, el contrato administrativo y el hecho administrativo. En el segundo, en cambio, se realiza una breve introducción donde se rescata la relevancia del acto administrativo y se analiza su origen y antecedentes, para así, explicar el concepto de acto administrativo, y doctrinario, los elementos, caracteres, efectos y clases de acto administrativo. La tercera parte de este capítulo, desarrolla la importancia del sistema de nulidades, las clases de nulidad en la doctrina administrativa y la nulidad dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

En el Capítulo II se aborda la autotutela administrativa y aspectos relacionados con la clasificación y lo que implica este constructo en el sistema jurídico del Ecuador. En el Capítulo III, presenta un análisis con respecto a la lesividad, éste aborda, al igual que en los capítulos anteriores, los antecedentes históricos, el concepto, y la aplicabilidad en el marco ecuatoriano; además, previo a esto último, se examina la regulación de la lesividad en la legislación española.

Finalmente, se presentan las conclusiones.

Capítulo I

Administración Pública

Entender el concepto de administración pública permitirá orientar la presente investigación, de ésta forma la misma es entendida como el compendio de órganos y entidades que conforman el Estado y, por medio de las cuales, se generan actuaciones administrativas de las entidades públicas, es así que la doctrina la define como:

el conjunto de áreas, órganos o entidades del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público; trata de lograr los fines del Estado. (García de Enterría & Fernández, 1999, pg. 49)

A fin de poder cumplir con sus fines, cada Estado genera mediante la administración pública varias actuaciones administrativas, las cuales repercuten sobre los administrados. Estas actuaciones tienen como objetivos principales el asegurar que prime el interés público y se respete los derechos de los ciudadanos (Garrido, Palomar, & Losada, 2005). Esto se evidencia en el texto de nuestra propia Constitución, en la cual se determina cómo uno de los deberes del Estado el: “garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales” (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 3); así también, se demuestra que los instrumentos internacionales son de directa e inmediata aplicación, esto conforme el artículo 11 numeral 3 el cual se refiere a que, los derechos y tratados de derechos humanos son de directa e inmediata aplicación por cualquier funcionario público abarcando tanto a los funcionarios administrativos como judiciales.

De tal manera que, los organismos, instituciones y en general cualquier funcionario público de las cinco funciones del Estado: Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Justicia Indígena, Electoral, y Transparencia y Control Social; las cuales junto con los gobiernos autónomos descentralizados y entidades públicas, conforman la administración pública (Chuquimarca, 2013), tienen la obligación constitucional de velar y aplicar los derechos que, cómo ciudadanos, poseemos. Es necesario entender que, dentro de nuestro Estado Constitucional de Derechos y Justicia, las entidades que componen la administración pública, cómo los ciudadanos nos encontramos sujetos a la Constitución, para que prime un estado de derecho. En el caso específico de las actuaciones administrativas, ejercidas

por la administración pública, necesariamente deben observar y acatar al principio de legalidad reconocido en la Constitución en su artículo 226, el mismo que hace referencia a:

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 226, pg.79)

De esta manera, la administración pública, por medio de la función administrativa, en el marco de sus competencias, desarrolla y genera actividades administrativas pero sólo dentro de aquellas competencias que le hayan sido atribuidas, ya sea por la Constitución o por la ley, a fin de respetar el principio de vinculación positiva, entendida como aquella en la cual, las autoridades públicas pueden realizar solamente aquellas actividades para las cuales se les ha atribuido competencia (Kazor, 2000).

Con ello, se puede afirmar que, en cada una de las actuaciones de la administración pública, se encuentra el pleno ejercicio de la función administrativa, la misma que tiene una estrecha relación con los administrados y cuyo fin no es otro que poder satisfacer el interés general y los fines mismos del estado. De esta manera, mediante la administración pública y su ejercicio de la función administrativa, se cristaliza la satisfacción de necesidades de los administrados y se vela por el orden interno del estado como tal; motivo por el cual, la administración necesariamente debe exteriorizar su voluntad mediante instituciones jurídicas como: Acto administrativo, Acto de simple administración, Contrato administrativo, Hecho administrativo y Acto normativo de carácter administrativo; para cumplir su finalidad, que es asegurar la satisfacción de las necesidades de la sociedad.

Acto Normativo de Carácter Administrativo

Para entender esta figura jurídica administrativa, es pertinente citar el Código Orgánico Administrativo, el cual lo define como: “toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa”. (COA, 2018, Artículo 128, pg. 16).

Dicha definición no satisface el concepto del Acto Normativo por sí mismo, y, es necesario para su correcta comprensión, compararlo con el concepto de acto

administrativo. De esta manera, podemos indicar que al decir que una de las mayores diferencias viene dada respecto del alcance de cada uno, siendo el acto administrativo el que genera efectos individuales, a diferencia del reglamento que produce efectos jurídicos generales (J. Dromi, 2004). Bajo esta premisa, Dromi (2004) llega a la conclusión de que los reglamentos constituyen actos normativos, y ello a su vez, produce efectos jurídicos generales. De esta forma se afirma que el criterio y la principal diferencia, a decir del autor, es el alcance de los mismos; sin embargo, no es menester agotar la definición en sólo esa diferencia, pues es necesario considerar que existen actos administrativos que tienen efectos generales y no solo individuales. Por este motivo es que la doctrina sostiene que dichos particulares no son suficientes para diferenciarlos y nacen criterios que buscan diferenciar los actos administrativos de efectos generales de los actos normativos, criterios entre los cuales encontramos el Ordinamentalista, que se refiere a la duración o permanencia del acto normativo en el mundo jurídico (Peñaranda, 2017). Así, (Ortiz, 1965) señala:

...el acto general tiene de común con el reglamento el sujeto indeterminado a que se dirige, pues va destinado a todo aquel que se encuentre en una determinada situación de hecho. Pero a diferencia del reglamento, tiene su motivo en un hecho concreto ya ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública dentro de esa circunstancia, logrando un resultado único e irrepetible y no meramente regular conducta. (pg. 73)

Del concepto citado, se colige que, tanto el acto administrativo de efectos generales como el reglamento, son generales y tienen pluralidad de personas como objeto, pero a la vez, el acto administrativo de efectos generales tiene como misión no regular una conducta determinada sino satisfacer una necesidad específica y lo hace una sola vez; pues al ser acto administrativo, se agota en el cumplimiento y se extingue, mientras que el acto normativo no se agota y permanece dentro del ordenamiento jurídico. Esta postura es ratificada por Zavala Egas, Zavala Luque y Acosta (2012) quienes, a manera de ejemplo, indican sobre el acto normativo lo siguiente:

aquellos que comprenden, primero normas de conducta imputables a personas que pertenecen a una clase genérica...también a una actividad genérica... las cuales constituyen fuentes de Derecho, es decir, son creaciones normativas que, cual vehículos, se movilizan hasta el ordenamiento jurídico donde se estacionan y

quedan disponibles para que los órganos aplicadores –jueces y autoridades administrativas. (pgs. 417-418)

Así también, es necesario indicar que, el acto normativo no puede ser dictado por cualquier persona, sino únicamente por aquellas a las cuales la ley ha concebido esta facultad. De tal manera que, mediante el mismo, se regulan ciertas situaciones específicas y el mismo pasa a formar parte del ordenamiento jurídico.

Acto de Simple Administración

El acto de simple administración también es denominado como actuación interadministrativa, por parte de tratadistas como Dromi (2004), quien lo conceptualiza como una declaración unilateral interna o interorgánica (p. 45).

Siguiendo esta línea de pensamiento, cuando hablamos de acto de simple administración, se encuentra una relación con los actos interorgánicos, puesto que, éste muchas veces sirve para comunicaciones o informes que se dan entre las instituciones del sector público y sus funcionarios. De esta manera, en palabras de Bejar (2012) se lo define como las “actuaciones de la autoridad administrativa que se efectúan primordialmente en el interior de la propia administración” (pg. 248).

Dentro de nuestra legislación el concepto del mismo se encuentra en el COA, (2018) en el artículo 120 en donde se lo define como el “acto de simple administración es toda declaración unilateral de voluntad, interna o entre órganos de la administración, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma indirecta” (pg. 15).

De tal manera que, la definición que trae el COA del acto de simple administración es más sencilla en cuanto a su comprensión; pues se entiende este no es más que aquella actuación propia e interna de las intuiciones y órganos del Estado, que no surte efectos por sí misma y que, más bien, servirá como base o fundamento de un acto administrativo, contrato administrativo, entre otros. Además, dada su propia naturaleza, los actos de simple administración son propiamente inimpugnables, pues los mismos no exteriorizan la decisión o voluntad de las entidades, sino aportan al criterio de la autoridad, ya que son anteriores a la decisión administrativa y generalmente vienen dados como informes u opiniones técnicas.

Podemos enunciar, como ejemplo de actos de simple administración, dentro de nuestro ordenamiento jurídico los denominados dictámenes o informes; entendidos como aquellas actuaciones interorgánicas y previas a la realización de, por ejemplo, un sumario

administrativo en el cual necesariamente deberá existir un informe de la Unidad de Talento Humano en cual conste la presunción del conocimiento de una falta, para iniciar el proceso administrativo disciplinario, de tal manera que sin que exista el mentado informe, no se podría dar inicio al mismo (Cornejo, 2016).

Contrato Administrativo

Al igual que en otras formas de manifestación de voluntad, no existe un acuerdo por parte de la doctrina dentro de la denominación del contrato administrativo, de tal manera que encontramos que algunos autores como Barbosa (2007) se refiere a los mismos como contratos públicos. Así también, tratadistas como Cassagne (2019) lo denominan contrato administrativo, siendo un aspecto meramente de denominación puesto que, las dos son exactamente iguales en el fondo. Para poder entender lo que se denomina como contrato administrativo es necesario indicar que se entiende por contrato acudiendo en un inicio al libro IV de las Obligaciones y Contratos del Código Civil Ecuatoriano, en el cual se define al contrato como una convención, entendida como el acuerdo o pacto entre personas (Código Civil, 2005). De esta forma, necesariamente cuando hablamos de contrato administrativo uno de los intervinientes dentro de la relación contractual deberá ser una entidad pública, quien por necesidad recurre a un tercero que puede ser o no privado para que ejecute una determinada tarea, y a cambio de la misma se espera un beneficio. Es así que abordamos la definición que acertadamente expone el profesor (J. Cassagne, 2005), quien lo define como:

...categoría jurídica peculiar del derecho público, es una creación del Consejo de Estado francés y responde a la idea de que los particulares colaboren con la misión que persigue la Administración mediante el contrato, que correlativamente le garantiza al contratista privado, la integridad de sus derechos económicos (pg. 21).

Así también, el COA lo define de manera más acertada y clara al referirse al mismo como:

Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa. Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia (COA, 2018, Artículo 125, pg. 16).

Es así que, cuando se habla de contrato administrativo, necesariamente nos referimos a un acuerdo de voluntades de los intervinientes; dentro de los intervinientes siempre deberá estar una entidad pública o una persona que actúe en ejercicio de la función

administrativa; y, por otro lado, una persona natural o jurídica y muchas veces privada, quien buscará una contraprestación económica a cambio de la ejecución del contrato (Cassagne, 2007). El contrato administrativo es el género y de éste se desprenderán varias clases de contratos y de toda índole, como por ejemplo, pueden ser los contratos referentes a compras públicas en el cual, el régimen jurídico aplicable es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y la Codificación de Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública.

Hecho Administrativo

Para comprender la definición del hecho administrativo, necesariamente debemos realizar una diferenciación de lo que se entiende por hecho:

- Hecho: todo lo que sucede en la naturaleza.

- Hecho jurídico: o también llamado subjetivo; son los sucesos que acontecen en nuestra vida cotidiana, pero con relevancia jurídica y que necesitan de la presencia de la Administración (Trujillo, 2021).

Al haber definido la diferencia entre hecho y hecho jurídico, citamos a Dromi (2006), quien define el hecho administrativo como “toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos” (pg. 431).

De esta forma, necesitamos entender que el hecho administrativo es un acontecer, y, en resumen, es toda acción directa, realizada siempre en el ejercicio de la función administrativa, acciones que siempre serán ejecutadas por una persona en el caso en específico un funcionario público. Cuando nos referimos al hecho administrativo vamos a decir que, por regla general, al ser una materialización de operaciones técnicas o actuaciones físicas siempre tendrá un efecto en el mundo exterior por lo tanto muchas de las veces el mismo se da en la ejecución de un acto administrativo como por ejemplo una demolición de un muro o construcción como resultado de un proceso administrativo sancionador, pero también puede realizarse sin que medie el acto cuando el mismo tiene fundamento en una norma jurídica; o puede ser una consecuencia del acto administrativo. Sin embargo, es necesario indicar que mediante esta figura se puede recaer en las denominadas vías de hecho, entendidas como aquellas actuaciones que riñen con el ordenamiento jurídico y con las disposiciones legales lo cual da lugar a que exista una actuación pública ilegítima y que vulneraría los derechos de los administrados

(Benalcázar, 2005). Es así que, mediante esta figura se genera efectos jurídicos sobre los administrados.

Acto Administrativo

Relevancia del Acto Administrativo

Hablar de acto administrativo, es referirse a una de las instituciones más importantes dentro del derecho administrativo; según los tratadistas Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach (2001), el acto administrativo es “el instrumento típico a través del cual la Administración, en ejercicio de las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico, manda, prohíbe, autoriza, concede o deniega algo a los ciudadanos, crea relaciones jurídicas o adopta otras decisiones vinculantes” (pg. 22).

De igual manera, Londoño (2009) manifiesta que la expresión acto administrativo, abarca lo siguiente:

La expresión actos administrativos está referida a la actividad del Estado que ejerce una de las funciones fundamentales como es la administrativa, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, para alcanzar sus fines políticos jurídicos, económicos y sociales. En sentido amplio el acto administrativo se aplica a toda clase de manifestaciones de la actividad de los sujetos de la Administración Pública; y en el sentido estricto, comprende y abarca a las manifestaciones de la voluntad del Estado para crear efectos jurídicos (pg. 11)

Sobre lo citado, se colige que, desde un concepto amplio, acto administrativo es toda actuación realizada en el ejercicio de la función administrativa, entendiendo o siguiendo el concepto de Zanobini (1954), es decir toda actuación se considera un acto administrativo. Así también, se indica que en sentido estricto se limitaría sólo a las formas de manifestación de voluntad estatales como: hecho administrativo, acto de simple administración, contrato administrativo, acto normativo y acto administrativo. Dicha definición permite entender la importancia y a la vez la dimensión de la institución denominada acto administrativo; de esta manera, cuando hablamos del mismo podemos decir que es el género que más caracteriza al Derecho Administrativo; así como también, el continuo actuar de las administraciones públicas, de tal manera que es menester realizar la conceptualización del mismo.

Al respecto se deben abordar varios conceptos doctrinarios sobre esta institución jurídica, puesto que la misma no tiene un criterio fijo sino todo lo contrario, como indica Gordillo (2003) “la búsqueda de la definición de acto administrativo no es una búsqueda de esencias: debe estudiarse el fenómeno administrativo buscando una clasificación que lo sistematice y explique adecuadamente” (pg. 5). De tal manera que, para poder encontrar una correcta definición o aproximación a un concepto, es necesario revisar y conocer el punto de vista de varios doctrinarios, los cuales lo han conceptualizado y definido de diferentes maneras que serán nuestro objeto de estudio, con el fin de abordar la que se aplique de manera mas correcta a la definición normativa vigente en nuestro país.

Dada la relevancia de esta institución jurídica, es menester abordarla de manera clara y precisa, pues el presente trabajo investigativo tiene como finalidad comprender su concepto y en especial, entender cuándo para revocarla se puede aplicar la institución de la autotutela o lesividad, esto previo a un análisis de si el acto es favorable, regular, etc.

Origen Histórico

Es necesario indicar que el acto administrativo, aparece ligado a la concepción de la Revolución Francesa, la misma que surge en oposición al denominado “Ancien Régime”¹ en el cual, el acto administrativo no tiene relevancia alguna. Es así que, las ideas y nociones del acto administrativo empiezan a tener relevancia en la Revolución Francesa, y, si bien no existía la idea clara del acto administrativo, empiezan a aparecer ciertas aproximaciones como lo son: los Actos del Rey, de la Corona o del Fisco. Es de esta manera y siguiendo al profesor Jaime Orlando Santofimio, citando a Manuel María Díez, que:

...es recién en el Repertorio de Merlin, que en 1812 publicó la 4ª edición del Gullot, donde aparece por primera vez la voz de Acto Administrativo, que se define como una decisión de la autoridad administrativa, una acción, un acto de administración que tiene relación con sus funciones (Santofimio, 1988, pg. 54).

Nos queda claro que algunos autores atribuyen el origen de lo que se denomina acto administrativo a este acontecimiento suscitado en Francia y desde dicho

¹ Antiguo régimen, es una expresión peyorativa para designar al sistema de gobierno anterior a la Revolución francesa de 1789-1799

acontecimiento se traslada el concepto de acto administrativo a un sin número de países del mundo, es necesario indicar que este concepto se ha desarrollado como columna vertebral del derecho administrativo.

Antecedente Normativo

Debemos indicar que el actuar de la administración pública mediante el acto administrativo, tiene como base y antecedente normativo la Ley Francesa del 24 de agosto de 1790, la cual en su Art. 13 manifiesta que “las Funciones Judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, turbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos” (Ley del 24 de Agosto, 1790). Dicha norma, lo que hace es separar de manera clara los poderes, esto significa distinguir el actuar administrativo del actuar judicial. Es así que la función administrativa tiene varios medios de expresión de su voluntad, el profesor Patricio Secaira manifiesta que el actuar administrativo se realiza de cuatro maneras: el acto de administración, los reglamentos administrativos, los contratos administrativos y los actos y resoluciones administrativas; esto siguiendo el concepto del ERJAFE² que en su artículo 64 hacia referencia a:

Las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva sometidos a este estatuto manifiestan su voluntad jurídica de derecho público a través de actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos.(ERJAFE, 2002, Artículo 64, pg. 26).

Al dejar claro que el acto administrativo es una de las formas en las cuales la administración pública expresa su voluntad, en cuanto a su definición de acto administrativo como definición inicial, citamos la que constaba en el derogado ERJAFE, el cual en su artículo 65 definía al acto administrativo de la siguiente manera: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa” (ERJAFE, 2002, Artículo 65, pg. 26).

² Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

Es necesario indicar que dicho concepto se encuentra muy apegado a la doctrina argentina, puesto que señala que se entiende como acto administrativo a cualquier declaración de voluntad de una autoridad administrativa que produzca efectos jurídicos de manera directa al administrado; así también es menester indicar que dicho estatuto regulaba solamente el actuar de la función ejecutiva, mas no de toda la administración pública en general es por eso que el 7 de julio del 2017, entra en vigencia un nuevo cuerpo legal denominado COA, el cual es publicado en el Segundo Suplemento al Registro Oficial No. 31; en el cual en su artículo 1 hace referencia a que el objeto del mismo es regular el ejercicio de la función administrativa de los organismos del sector público (COA, 2018). Lo cual cambia y amplía el ámbito de regulación del derogado ERJAFE ya que como se indicó, éste sólo regulaba la actuación de la función ejecutiva, mientras que el COA regula todas las actuaciones administrativas de la administración pública.

La definición que el COA nos trae, aporta nuevos elementos al concepto de acto administrativo, de tal manera que en el capítulo 1 (ibídem), en el artículo 98 se define al acto administrativo como:

Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo (COA, 2018, Artículo 98, 12)

Dicho concepto, como analizaremos más adelante, aporta más elementos que los tradicionales que conocíamos sobre el concepto de acto administrativo, como por ejemplo el hecho de que se agote con su cumplimiento y de forma directa.

Concepto Acto Administrativo

Empezamos diciendo que sobre el tema a tratar existe un sin número de criterios y conceptos; es así que a decir del Tratadista Gordillo (2003) “la definición del mismo cumple meramente una función metodológica y sistematizadora dentro del derecho administrativo” (Gordillo, 2003, pg. 3), de tal manera que sería imposible llegar a definir de una manera uniforme al acto administrativo, sino se encontrarán muchos conceptos que sumaron o restaron determinados elementos o caracteres a la definición del mismo, esto dependiendo del ordenamiento jurídico.

Concepto Doctrinario

Teniendo en cuenta que no existe uniformidad de criterio sobre el acto administrativo, es necesario analizar algunos de los criterios más relevantes de tratadistas administrativistas, es así que empezaremos citando un criterio amplio y general del Dr. Morales Tobar (2011), quien se refiere al acto administrativo como: “una declaración unilateral de la voluntad de la autoridad competente que versa sobre asuntos de la Administración Pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular” (pg. 120).

Así también, es necesario citar a tratadistas de índole internacional, entre los que podemos encontrar la propuesta de Gordillo quien define al acto administrativo como “la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa” (Gordillo, 2003, pg. 198).

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández para quienes no es más que: “la declaración de la voluntad; de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (García de Enterría & Fernández, 1999, pg. 550)

El profesor Roberto Dromi, quien indica que: “son actuaciones y declaraciones administrativas unilaterales y bilaterales, individuales y generales, con efectos directos e indirectos” (Dromi, 2004, pg. 34).

Royo Villanova citado por Garrido Falla, quien al referirse al acto administrativo lo define como:

...un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo, por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta positiva o negativamente a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la Administración Pública (Garrido, et al., 2006, p. 548).

Finalmente, la definición dada por Zanobini (1954) y con la cual coincide Garrido Falla, quien lo define como: “cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por un sujeto de la Administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa” (Zanobini, 1954, citado en Garrido, et al., 2006, pg. 555).

Todos estos tratadistas coinciden en algunos elementos de sus definiciones, como: una actuación jurídica que se compone de voluntad y unilateralidad, estas dos siempre en el ejercicio de la función administrativa, que generara efectos jurídicos a los administrados. Nuestro ordenamiento jurídico, como se citó en líneas anteriores, ha definido al acto administrativo en el artículo 98 del COA con algunos elementos comunes a los conceptos doctrinarios abordados, pero también aportando nuevos elementos. Estos son de indispensable análisis, con el fin de identificar los elementos que se aportan y explicar cada uno de ellos, a fin de abordar una verdadera comprensión del concepto legal para en lo posterior, poder realizar un análisis de los elementos de validez de los actos administrativos y la clase de actos administrativos:

Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo (COA, 2018, Artículo 98, pg. 12)

Declaración: Cuando nos referimos a la declaración es necesario hacer referencia a que la misma es sinónimo de una manifestación, pero no nos referimos a esa manifestación externa o visible de la voluntad, sino a una manifestación intelectual por parte de la Administración. La misma podría expresarse de manera oral o escrita, coincidiendo en este punto con Dromi, quien manifiesta que es “un proceso de exteriorización intelectual -no material-” (Dromi, 2004, pg. 249). Es necesario recalcar que esta declaración siempre deberá venir junto a la voluntad de la administración pública.

Voluntad: Nos referimos a la intención, a ese ánimo para realizar algo, en este caso específico sería la intención o voluntad pero que provenga de la administración pública, mas no del administrado, la misma siempre tendrá un apego al bien común y a la ley. Por lo tanto, la voluntad en el caso del acto administrativo está constituida por dos elementos; el elemento subjetivo y el elemento objetivo, el primero es la voluntad del funcionario, y el segundo es lo establecido en las normas legales.

Unilateral: es el elemento presente en todas las definiciones previamente citadas. Por unilateral se entiende que es de un solo lado y efectivamente cuando hablamos del acto administrativo la actuación es solo del lado del funcionario público o de la administración, no se necesita que intervenga nadie más. De tal manera que el acto es válido con la única

intervención del funcionario o administración pública. Es necesario indicar que esta voluntariedad siempre deberá ser conforme al derecho y dentro de la competencia de los funcionarios, a fin de que no se caiga en la arbitrariedad. También en este punto es necesario indicar que, aunque un acto administrativo sea complejo, al tener una voluntad que se vaya formando mediante otros actos de dos o más órganos administrativos o actos de simple administración; los mismos siempre serán tendientes a un solo acto, el que surtirá efectos jurídicos al administrado.

Ejercicio de la función administrativa: Cuando hablamos del acto administrativo nos referimos a actuaciones de la administración pública mediante órganos o entidades administrativas; las mismas siempre actuarán con base en la competencia que venga de la Constitución o la ley. De tal manera que si una persona natural (servidor público) realiza un acto administrativo nunca lo hará a título personal, sino lo hará con base en el ejercicio de la función administrativa.

Efectos jurídicos individuales o generales: el acto administrativo es una exteriorización de la voluntad y como se ha dicho tiene consecuencias jurídicas, las cuales pueden generar, extinguir o modificar la condición jurídica del administrado. No necesariamente debe generar efectos a una sola persona, pues el mismo puede ser dirigido a una persona en específico o a una pluralidad de sujetos, dependiendo del alcance del mismo.

Se agote con su cumplimiento: Al decir que el acto administrativo se agota, nos referimos a que el contenido que tiene el mismo una vez que se cumple o se agota, extingue al acto administrativo. Esta característica está íntimamente ligada a la finalidad del acto administrativo la cual siempre será que el mismo surta efecto de manera inmediata de esta manera se agote y se extinga en su cumplimiento, de esta manera el artículo 103 del COA, hace referencia a las causales de extinción del acto administrativo y considera como una de las causales de extinción el cumplimiento del mismo. Así también el agotamiento diferencia al acto normativo del acto administrativo, puesto que el uno se extingue cuando se cumple, mientras que el acto normativo perdura en el tiempo.

De forma directa: Esta característica se refiere a la denominada autotutela administrativa, entendida como la característica de la que gozan los actos administrativos, por la cual se pueden ejecutar de manera inmediata y sin necesidad alguna de la intervención de un órgano jurisdiccional, pues los mismos gozan de presunciones

legalidad y ejecutoriedad. Así también esta característica lo diferencia del acto de simple administración, el mismo que genera efectos jurídicos indirectos.

Los actos administrativos se expedirán por cualquier medio documental, físico o digital: Primero, es necesario puntualizar en esta característica que, aunque el acto administrativo puede ser expedido por cualquier medio, siempre será de manera escrita, pues esa característica es tal vez una de las más relevantes al momento de diferenciar al acto del hecho administrativo.

Mientras el acto se encuentre por escrito, podrá expedirse mediante plataformas electrónicas, como, por ejemplo: QUIPUX, SIMBRA u otras plataformas tecnológicas que deberán cuidar la integridad de las actuaciones administrativas como garantía de los derechos de los administrados. De esta manera el COA abre la posibilidad de la existencia de un acto administrativo en un correo, por ejemplo, siempre y cuando el mismo tenga una firma electrónica.

De los actos de la administración pública quedará constancia en el expediente administrativo: Hace referencia a que siempre debe documentarse en el denominado expediente administrativo todas las actuaciones administrativas, este requisito también se relaciona a la motivación, pues para que se pueda emitir un acto administrativo deben existir pruebas o informes que consten en el expediente, con el fin de que el acto administrativo sea motivado.

Elementos del Acto Administrativo

Cuando tenemos claro el concepto tanto doctrinario como legal sobre el acto administrativo, es necesario abordar un tema de mucha importancia que hace referencia a los denominados elementos del acto administrativo. Dichos elementos a los que hacemos referencia no son más que los requisitos que debe cumplir el acto administrativo para que no adolezca de patología alguna, la cual podría llevarlo a ser nulo y pueda ser revocado y anulado por la administración pública.

Cuando nos referimos a los elementos que componen el acto administrativo, doctrinariamente existen algunas posturas; tratadistas como Gordillo (2003) y Dromi (2004) hablan de elementos esenciales, y, por otro lado, los tratadistas españoles mencionan elementos subjetivos, objetivos y formales. La relevancia de conocer los elementos del acto administrativo es, como se explica en el párrafo anterior, que del cumplimiento de los mismos dependerá si el acto administrativo es válido; de tal manera

que los elementos de los actos administrativos constituyen auténticas condiciones de validez de los mismos, entonces del cumplimiento de estos dependerá si el acto es válido o tiene algún vicio, lo cual a decir de Gordillo lo convertiría en regular (válido o con vicios intrascendentes), o si por el contrario es irregular es decir (adolece de un vicio grave) o simplemente es inexistente.

De tal manera, es necesario revisar los elementos del acto administrativo conforme la normativa propia de cada país, estos elementos en nuestro país se encuentran regulados en el artículo 99 del COA, de la siguiente manera:

“Requisitos de validez del acto administrativo. Son requisitos de validez:

1. Competencia
2. Objeto
3. Voluntad
4. Procedimiento
5. Motivación” (COA, 2018, Artículo 99, pg. 12)

1. Competencia

Cuando se habla de competencia se hace referencia al conjunto o cúmulo de atribuciones conferidas a determinado órgano o entidad pública, las mismas que han sido otorgadas para determinadas actuaciones y para su realización exclusiva, ya que no existe una competencia absoluta o sin límite. Estas actuaciones se ejercen con base en el principio de vinculación positiva y negativa, es decir que solamente se puedan realizar las actividades para las cuales la Constitución o la Ley nos confirió competencia de manera expresa, esto se plasma en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador.

Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 226, pg. 76)

Teniendo claro que la competencia se ejercita con base en la Constitución y la ley, es necesario abordar doctrinariamente la definición de la misma, Dromi citando a Mata se refiere a la competencia como “un requisito del acto administrativo, que precede a su creación” (citado en Dromi, 2006, pg. 57). Una definición acertada pues la misma debe

existir o debe haber sido concedida ya sea por la Constitución o ley, previo a la actuación del órgano administrativo o funcionario público.

El profesor Jorge Moreno Yáñez citando a García de Enterría señala que la competencia es “la medida de la potestad que corresponde a cada órgano” (García de Enterría & Fernández, 1999, pg. 58). De tal manera que, la competencia son aquellas acciones que pueden ser realizadas por un órgano o funcionario público, quien las realizará en el ejercicio de su función y con apego a las normas. La competencia es lo que permite que la administración pública manifieste su voluntad, siempre dentro de los límites señalados que vienen dados en razón de: territorio, grado, materia y tiempo; así lo señala el artículo 99 del COA y también la doctrina es coincidente en los mismos, de tal manera que es necesario desarrollarlos:

Territorio: Cuando hablamos de la competencia en razón del territorio, nos referimos a que se debe ejercitar dentro de una porción o circunscripción específica de territorio, es así que un gobierno autónomo descentralizado podrá ejercer sus labores en la provincia o cantón en el cual se encuentre.

Grado: Con el grado se materializa la jerarquía de los órganos administrativos y la subordinación de inferiores a superiores, de tal manera que la competencia es para un determinado órgano y de manera general no podrá ser ejercida por un órgano superior ni inferior; a excepción de figuras como la delegación.

Materia: Aquí se evidencia el principio de especialidad, puesto que el órgano cumple las funciones o actuaciones específicas para las cuales fue creado. La materia podrá ser activa cuando se decide algo; deliberativa como los órganos colegiados; consultiva; y de control.

Tiempo: En un inicio, cuando hablamos de competencia la misma es permanente, pero esto varía cuando la ley impone y delimita un tiempo dentro del cual la administración pública debe actuar. De tal manera que se condiciona la competencia a un período determinado de tiempo, en el cual la administración pública debe actuar.

2. Objeto

Cuando se habla de objeto, se hace referencia a la finalidad de algo o alguien; en el caso en específico de la administración pública, nos referimos a su actuación que busca satisfacer las competencias que le atribuyó el legislador mediante la norma, y para la cual se creó el determinado órgano. De esta manera, Cassagne (2007) lo ha relacionado con el contenido del acto administrativo, el mismo mantiene una estrecha relación con lo que se

decide: opina o certifica. Dichas opiniones o decisiones siempre deberán estar en armonía con el ordenamiento jurídico, ser claras y susceptibles a poder ser ejecutadas. Caso contrario adolecerían de patologías que podrían provocar que sea nulo (Cassagne, 2007).

3. Voluntad:

La voluntad necesariamente se materializa mediante o por medio de una persona física, ya sea un funcionario público o cualquier persona que ejerza una potestad administrativa. Según Dromi, para que la misma se materialice deben concurrir dos elementos, los cuales son: “subjetivos compuestos por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador” (Dromi, 2004, pg. 368). La voluntad puede ser expresa o tácita, se entendiera que en este elemento la voluntad siempre sería expresa, y si bien esa es la regla general, en la realidad no siempre se cumple.

Expresa: Se podría decir que la voluntad es el elemento básico al momento en el que la administración pública decide algo; pues deberá estar presente siempre y se expresara de manera escrita u oral, mediante la misma la administración pública exterioriza sus decisiones, las cuales deberán encontrarse siempre conforme y apegadas al ordenamiento jurídico.

Tácita: La voluntad siempre debería ser o presentarse de manera expresa, es decir que debería materializarse mediante la declaración de la administración pública, pero esto no siempre es así, puesto que muchas veces por la inactividad o desidia de la administración, la ley suplente la voluntad y genera el denominado silencio administrativo.

4. Procedimiento:

Se refiere a la manera en la cual debe instrumentarse la voluntad administrativa, con el fin de que el acto administrativo se encuentre dotado de eficacia. Este debe respetar cada una de las solemnidades legales que se han establecido, puesto que, el acto administrativo, debe por principio, estar normado y, no debe gestarse por la única voluntad del titular del órgano o entidad que lo va a dictar; además, el hecho de no ceñirse a los procedimientos legales, acarrea la nulidad del acto administrativo (Sánchez, Chamba, Moncayo, & Sarmiento, 2019).

Entonces, como regla general, la instrumentación del acto administrativo se dará de manera escrita y por cualquier medio, ya que el mismo podrá ser físico o virtual. De igual manera, varios autores mencionan que el acto puede exteriorizarse también de manera

oral, como una orden de un agente de tránsito o signos. Este particular es alejado a la realidad y se dará solo de manera excepcional.

5. Motivación:

Trayter señala que la administración pública fundamentará las razones de sentido y contenido, debidamente argumentado en razonamiento lógico para emitir un acto administrativo concreto con contenido determinado (Trayter, 2017). De esta manera, podemos decir que la motivación representa las razones lógicas por las cuales emite un acto administrativo.

Sobre este tema, Dromi (2006) señala que la constituyen, por lo tanto, los presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la Administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión. De esta manera, queda claro que la motivación es la razón por la cual la administración fundamenta su actuar; esto a la vez evita que la misma caiga en la arbitrariedad o en abusos de poder. La motivación es un elemento muy importante, puesto que se impone bajo pena de nulidad a toda actuación administrativa. Esto se menciona conforme a nuestra Constitución de la República en el artículo 76, numeral 7, literal l, en el cual consta como garantía del debido proceso:

Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos (Constitución de la República del Ecuador, 2008, Artículo 76, pg. 9)

De igual manera el COA (2018, Artículo 101), al referirse a los elementos que deben concurrir para que un acto administrativo se encuentre motivado, menciona los siguientes:

1. El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables a la determinación de su alcance.
2. La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, y sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
3. La explicación de la pertinencia del régimen jurídico invocado en relación con los hechos determinados. (COA, 2018, Artículo 101, pg. 12)

Sobre este particular, es necesario indicar que nuestra corte constitucional se ha referido varias veces sobre que la misma es trascendental, pues como se ha indicado mediante la motivación se explica y se justifican los motivos facticos y jurídicos, de el por que se resuelve de determinada manera un caso en específico, es así, que la corte ha definido parámetros, los cuales deben ser observados, para hablar de que una resolución o sentencia se encuentran motivadas, estos parámetros son desarrollados y constan por ejemplo en la sentencia: N.º 139-14-SEP-CC, dentro del CASO N.º 0156-14-EP, en el cual claramente se indica que estos son:

Razonabilidad: cuando hablamos de razonabilidad hacemos referencia a “que la decisión judicial se encuentre fundamentada en principios constitucionales, sin que de su contenido se desprenda la contradicción contra cualquier principio o valor constitucional” (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, pg. 9), de esta manera se evidencia que toda decisión pública debe ser emitida con estricto apego a los preceptos y principios constitucionales y no podrán ser inobservados.

Lógica: Es entendida como el requisito obliga a que exista lógica entre las premisas y la decisión final, de esta manera la corte ha indicado sobre este requisito que el mismo se satisface cuando: “las premisas sean establecidas en un orden lógico que permita al operador de justicia emitir conclusiones razonables que tomen como consideración los hechos puestos a su conocimiento, así como las normas pertinentes al caso concreto” (Corte Constitucional del Ecuador, 2014, pg. 9).

Comprensibilidad: Este requisito es el referente a que la sentencia o decisión deben ser emitidas de manera clara y entendible, a fin de que la misma pueda ser entendida por cualquier persona, en este sentido la corte se refiere que este requisito se cumple cuando se da la emisión de una decisión clara y asequible a las partes procesales y a todo el auditorio social.

De esta manera, queda clara la relevancia de la motivación dentro del actuar administrativo y que la misma es esencial y no solamente un requisito de forma, pues si la misma no es satisfecha por parte de la administración pública en algunas de sus resoluciones esta será nula.

Caracteres y Efectos del Acto Administrativo

Según Dromi, cuando nos referimos a los caracteres jurídicos hablamos de los efectos o consecuencias jurídicas del acto administrativo, siempre y cuando el mismo cumpla con

todos los requisitos y elementos necesarios para que sea regular (Dromi, 2004). También existe la posición de que estos efectos jurídicos son extensivos a los actos no regulares, siempre y cuando no sean anulados.

Podríamos decir que aparentemente nuestro ordenamiento jurídico sigue el criterio de que todos los actos administrativos se cobijan en dichos efectos (criterio amplio); esto tomando en consideración los artículos 329 del Código Orgánico General de Procesos el COGEP, y 104 del Código Orgánico Administrativo, los mismos mencionan lo siguiente: “Presunciones del acto administrativo. Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad” (COGEP, 2015, Artículo 329,)

Nulidad. Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad. El acto administrativo puede ser anulado total o parcialmente. La declaración de nulidad puede referirse a uno, varios o a todos los actos administrativos contenidos en un mismo instrumento (COA, 2018, Artículo 104, pg. 13).

De esta manera queda claro que en nuestro país el acto administrativo es revestido por esas presunciones, por el mero hecho de ser un acto administrativo dictado en el ejercicio de la función administrativa, y que por lo tanto debe cumplirse hasta que no sea declarado nulo. Así también, recordemos que en nuestro país la nulidad es la excepción y es taxativa, todos los errores que no se enmarquen en la misma son subsanables y se busca que el acto administrativo se mantenga.

Teniendo claro que, en nuestro país, todo acto administrativo esté revestido de estos efectos o consecuencias jurídicas, cuando el mismo es dictado por la administración pública, es necesario conocer cuáles son los efectos que lo revierten. Y si bien no existe una unanimidad de criterio doctrinario frente a los efectos que el mismo causa, Gordillo manifiesta que existen dos: presunción de legitimidad y ejecutoriedad, así también el autor citando a Susana Vega añade dos efectos más: estabilidad e impugnabilidad (Gordillo, 2003). Para autores como Alfonso Parada los efectos son 3 principales: presunción de validez, eficacia, y ejecutoriedad (Parada, 2012); sin embargo, en este punto seguiremos la clasificación dada por Dromi (2004), quién nos dice que al acto administrativo lo revisten cinco presunciones:

1. Legitimidad

“Supone que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con la que se mueve la actividad estatal” (Dromi, 2004, pg. 225). De esta manera, se supone que el acto fue emitido

conforme a los principios vigentes, y en estricto apego a la seguridad jurídica entendida como aquella garantía de certeza que tiene los administrados acerca de la existencia de normas jurídicas claras, previas públicas y aplicadas por una autoridad competente, ahora dicho elemento se materializa con la obligación de las administraciones públicas de actuar en apego al principio de juridicidad recogido en el COA:

Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho (COA, 2018, Artículo 14, pg. 2).

El principio de juridicidad antes citado, podemos decir que es una evolución del principio de legalidad, entendido como aquel principio en el cual las actuaciones administrativas deben estar apegadas a la ley, esto a fin de materializar la seguridad jurídica de los administrados, sin embargo el mismo como se ha indicado ha evolucionado y desembocado en el principio de juridicidad entendido por la doctrina francesa como aquel principio “que mejor explica el sometimiento de la Administración al Derecho en los sistemas constitucionales modernos, que han superado el legicentrismo de estricta observancia” (Muñoz, 2015, pg. 104), de esta manera, se entiende que mediante este principio se deja de lado aquella máxima de que la actuación administrativa esta en estricto apego a la ley, y se amplía a que toda actuación administrativa se da en apego y observancia de todo el ordenamiento jurídico observando la Constitución, tratados internacionales, leyes orgánicas, ordinarias, y demás normativa infra legal y reglamentaría.

Es necesario hacer hincapié en que esta presunción si bien parece absoluta no lo es, pues como bien indica la doctrina la misma es *iuris tantum*, por lo tanto, admite pruebas contrarias.

2.Ejecutividad

O también llamada obligatoriedad, es una característica que atribuye la facultad de exigir el cumplimiento del acto administrativo a la administración, a partir de que el mismo sea eficaz (notificado). Es así que, el acto administrativo debe ser respetado y cumplido en caso de que sea exigido, hasta que el mismo no sea declarado nulo. Este elemento se lo materializa en el artículo 101 *ibidem*: “Art. 101- Eficacia del acto administrativo. El acto administrativo será eficaz una vez notificado al administrado” (COA, 2018, Artículo 101, pg. 12)

3. Ejecutoriedad

Es un efecto que se refiere a que la administración pública tiene una facultad que le permite ejecutar sus actos sin la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional. Decimos que la misma es intrínseca al poder de la administración y que en un estado democrático se ve respaldada en una relación de obediencia de los administrados, pero basada en la razonabilidad a fin de evitar arbitrariedades. De tal manera que según Dromi la misma es intrínseca a la administración y lo que hace es evitar “subordinar el órgano ejecutivo al judicial” (Dromi, 2004, pg. 386).

4. Estabilidad

“Es la prohibición de revocación de los actos que crean, reconocen o declararon un derecho subjetivo”, entendemos por derecho subjetivo la “prerrogativa concedida a una persona por el Derecho objetivo” (Vázquez, 2014, pg. 316), de tal manera que los actos administrativos gozan de estabilidad siempre y cuando no se centren en un supuesto de nulidad, de esta manera las administraciones públicas están vedadas de hacer justicia por sí mismas al momento de revocar actos administrativos favorables a los administrados, este particular a la vez genera y materializa la seguridad jurídica de los administrados.

Este principio se ha materializado hasta en el desarrollo jurisprudencial de nuestro país, es así que en la sentencia de la Corte Constitucional No. 030-18-SEP-CC 10 del año 2018, se crea la siguiente regla jurisprudencial:

Las autoridades públicas están vedadas de remover directamente a un servidor o servidora pública que haya ingresado con nombramiento de carácter permanente, so pretexto de corregir el vicio de legalidad en el ingreso. En caso de existir tales vicios, la corrección deberá hacérsela por medio de la declaratoria de lesividad (Corte Constitucional del Ecuador, 2018, pg. 37).

De esta manera, queda claro que la estabilidad reviste los actos administrativos, que no sean nulos y la administración no pueda revisarlos con base en la autotutela, pues se podría estar afectando la seguridad jurídica.

5. Impugnabilidad:

Podemos decir que la impugnabilidad viene dada al considerar que los actos administrativos son instrumentos mediante los cuales se crea, modifica o extingue un derecho hacia el administrado. Al surtir un efecto directo en sus derechos, el mismo los

puede impugnar ya sea vía administrativa o judicial; esto con el fin de que los administrados puedan ejercer su legítimo derecho a la defensa.

Clases de Actos Administrativos

Podemos decir que existe una innumerable variedad de clasificaciones de los actos administrativos, puesto que no se los puede sistematizar para clasificarlos ya que la clasificación dependerá de la casuística propia de la legislación de cada país. Sin embargo, en el presente trabajo se analizará en parte la clasificación dada por García de Enterría y Fernández (1999), quien indica que los mismos se clasifican en:

Actos resolutorios y de trámite

Los actos resolutorios son aquellos que como su nombre indica resuelven o deciden el problema o fondo del asunto, por lo que siempre se verán relacionados con la voluntad de la administración, y con la exteriorización de la misma. De manera general, estos actos generan efectos en los administrados y eventualmente son susceptibles de ser impugnados por los mismos.

Por el contrario, los actos de trámite son aquellos que tienen como finalidad servir para que se pueda alcanzar un acto resolutorio, son previos a la resolución, sirven en el procedimiento e instrumentan el mismo. Es por eso que García de Enterría y Fernández indica que “los actos de trámite son instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posibles” (García de Enterría & Fernández, 1999, pg. 45).

Actos favorables y desfavorables

Esta clasificación viene dada por Jellinek, quien dice que existen dos tipos de actos de acuerdo al destinatario, estos son:

- Favorables: Aquel acto que genera un beneficio al administrado, puesto que le concede un derecho o un plus que lo beneficia, ya sea incrementando su patrimonio o liberándolo de un gravamen o deber; es por esto que se los conoce también como “actos ampliatorios” (Jellinek, 1954).
- Desfavorables o de gravamen: Es aquel acto que al contrario del favorable restringe el patrimonio o impone gravámenes o deberes al administrado; es por eso que se los conoce también como “actos de gravamen” (Jellinek, 1954)

Esta clasificación de muy fácil definición y sistematización, es de vital importancia para el trabajo de investigación puesto que de la misma y del cumplimiento de los

elementos del acto administrativo dependerá la figura que la administración aplicará con el fin de revocarlos.

Ahora que hemos revisado de manera clara lo referente al acto administrativo: sus definiciones, conceptos, elementos que lo conforman, clases y elementos, etc. Es necesario estudiar lo referente al sistema de nulidades o invalidez de los actos administrativos, pues con base en el mismo y dependiendo de este, de la clase de acto, y de si cumple con los requisitos y elementos que lo conforman; dependerá la forma en la cual la administración proceda ya sea a revocarlos o nulificarlos, mediante la autotutela administrativa plasmada en el recurso de revisión de oficio o mediante el recurso de lesividad.

Sistema de Nulidades del Acto Administrativo

Importancia del sistema de nulidades

En temas anteriores hemos hecho referencia a los actos administrativos, sus clases, elementos y en general a todos los requisitos que debe cumplir para que sea válido y goce de salud; pero no siempre los actos administrativos nacen cumpliendo todos los requisitos, es ahí cuando la salud de los mismos se ve afectada por un sin número de patologías o (vicios). De esta manera, es necesario revisar cuáles son las enfermedades que pueden afectar al acto administrativo y su validez. Para lo cual debemos empezar haciendo un análisis de dónde nace la idea de la nulidad en el derecho administrativo, cuáles son sus clases en la doctrina y en el ordenamiento jurídico interno; y también entender si puede ser saneado o no. Esto con el fin de poder determinar con base en el análisis, qué camino debería tomar la administración para anular o invalidar el acto administrativo sano y válido, por razones de oportunidad; y el acto administrativo enfermo o con vicios, por razones de legitimidad.

Antecedente histórico

Empezamos diciendo que el sistema de nulidades en el ámbito administrativo no se ha edificado de manera previa, sino se edifica con base en los pronunciamientos judiciales y tiene como fundamento la dogmática jurídica del derecho privado y derecho civil.

De esta manera, Ramón Parada indica que en el derecho romano se distinguen algunos mecanismos de nulidad, esto se da cuando el acto carece de un requisito esencial, esto sería cuando no cumple los elementos necesarios para su validez. Esta nulidad puede ser

invocada en cualquier momento, esto siempre, por vía de la excepción la invalidez del acto cuando se pretendía su efectividad (Parada, 2012).

Son anulables cuando el defecto no es esencial y puede ser alegado por cualquier interesado “la invalidez había que pedirla y declararse expresamente por el pretor, utilizando un procedimiento especial” (Parada, 2012, pg. 34).

De esta manera, podemos decir que la nulidad tiene como fundamento los sistemas de nulidades propios del derecho civil, pero bajo ningún supuesto son comparables, pues como indica Parada, la administrativa busca “preservar la presunción de validez de los actos administrativos, tan vinculada a la eficacia de la actividad administrativa” (Parada, 2012. pg. 35).

Clases de nulidad en la doctrina administrativista

No existe acuerdo un doctrinario frente a las clases de nulidad, existen autores doctrinarios administrativistas que hablan de dos sistemas de clasificación de la nulidad; el sistema bipartito que distingue solo dos clases de nulidad, la absoluta y relativa. Así, Garrido et al. (2005) citando a Tivaroni indica que “en derecho público no puede hablarse de anulabilidad y solo cabe distinguir entre nulidad absoluta o relativa” (Tivaroni, 1888, citado en Garrido, et al., 2005, p. 126).

Por otra parte, existen autores que nos hablan de una clasificación tripartita que fue promulgada por Garrido Falla y Palomar, quienes indican que las nulidades son de las siguientes clases: nulidad absoluta o actos nulos de pleno derecho; actos anulables o anulabilidad; y actos irregulares no anulables o irregularidad no invalidante. Es necesario explicar cada uno de estos supuestos de nulidad y sus efectos.

La nulidad absoluta o de pleno derecho opera cuando:

El acto jurídico desde su nacimiento es ineficaz y se encuentra inmerso en una de las causales de nulidad establecidas en cada uno de los sistemas jurídicos, de tal manera que el acto carece de validez. El acto, no es eficaz por sí mismo, sin necesidad de intervención del juez (García de Enterría y Fernández, 1999), y solo se deberá acudir al mismo en caso de que se sea necesario.

Anulabilidad o nulidad relativa:

Son aquellos actos que adolecen de vicios menos graves, se aplica a aquellos actos que no están inmersos en causales de nulidad. A decir de García de Enterría vienen desde dos

elementos: “el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica” (García de Enterría y Fernández, 1999, pg. 42), de esta manera y diferentes a los nullos de pleno derecho, su nulidad podrá ser invocada única y exclusivamente por la persona que es afectada. También al igual que la nulidad relativa genérica, el acto se subsana con el paso del tiempo; es necesario indicar que puede ser subsanado por la administración en la persona de quien lo haya emitido.

Actos irregulares no anulables o irregularidades no invalidables:

Son aquellos actos con vicios menores que carecen de requisitos formales no esenciales, tales como la firma o errores numéricos, los cuales podrán ser aclarados por la administración pública.

Inexistencia del acto:

Varios autores se encuentran de acuerdo en la existencia de esta categoría, en la cual se encuentran los actos administrativos que contienen vicios groseros; es así que a modo de explicación podemos citar que el acto inexistente sería un acto administrativo dictado por un particular, el cual no gozaría de presunción alguna, no existiría y no sería eficaz y por lo tanto no generaría obligación alguna, es necesario indicar que si bien esta categoría jurídica no se encuentra reconocida dentro del COA (2018), ni de la jurisprudencias ecuatoriana, esta categoría a sido reconocida por la procuraduría general del estado quien se ha pronunciado de la siguiente manera:

“Los actos emanados por autoridad, cuerpo colegiado y las instituciones públicas en general, para que tengan validez, deben reunir los requisitos que la ley prevé para cada caso; todo aquello que ejecuten los concejales al margen de la ley, constituye lo que el derecho administrativo singulariza como "Acto Inexistente", (Registro Oficial, 2005, p. 32)”

La importancia de la distinción entre las clases de nulidad

A decir de los tratadistas la importancia de la clasificación y distinción entre nulidad absoluta y nulidad relativa se da respecto de sus efectos, así como para el camino a tomar para revocar o extinguir un acto administrativo, pues de las mismas surten los siguientes efectos:

Nulidad absoluta

Se puede alegar por el administrado o la administración, según Garrido la misma puede ser invocada por el administrado “aunque el acto administrativo viciado haya adquirido apariencia formalmente firme” (Garrido y Palomar, 2005, pg. 591), y, por la administración en cualquier momento, “incluso revocándolo sin necesidad de recurrir al proceso de lesividad aunque de él se hayan derivado derechos a favor de un tercero” (Garrido y Palomar, 2005, pg. 591) . También la declaratoria de nulidad absoluta genera un efecto retroactivo o ex tunc, pues como indica Juan Pablo Aguilar: “la nulidad vuelve las cosas al estado que hubieran tenido de no mediar acto nulo” (Aguilar y Chiriboga, 2019, pg. 239).

Nulidad relativa

La misma puede hacerse valer solamente dentro de los tiempos señalados por la ley, así también solo puede ser invocada por las personas que, afectadas, mas no por cualquier persona o interesado. En cuanto a sus efectos, es de considerar ex nunc, es decir, éstos se generan a partir del momento en que el organismo competente la declara (Palomar Olmeda & Garrido Falla, 2006).

La Nulidad Dentro del Sistema Jurídico Ecuatoriano

Para empezar a desarrollar el sistema de nulidades reconocido en nuestro país, empezaremos definiendo a la misma desde la perspectiva Iuscivilista. De tal manera, los supuestos de nulidad, así como sus efectos en el Ecuador, vienen dados por el código civil de la siguiente manera:

Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa (Código Civil, 2005, Artículo 1697, pg. 117)

Dicho particular manifiesta que es nulo todo acto o contrato que carezca de un requisito que la ley prescriba para la celebración del mismo, también distingue dos clases de nulidad:

Absoluta

De esta manera el artículo 1968 *ibídem*, menciona que la nulidad absoluta se produce cuando: existe objeto o causa ilícita, falta de objeto, causa y falta de formalidades legales, siempre que las mismas consten como requisitos necesarios. Así también, se refiere a la incapacidad absoluta de los intervinientes y la violación de prohibiciones legales para su otorgamiento o celebración. De esta manera están delimitados los supuestos de nulidad absoluta en el ámbito civil; y cualquier otro vicio produciría una nulidad relativa.

Por este motivo decimos que la nulidad absoluta implica una irregularidad muy grave, ya que la misma no afecta sólo a los contratantes sino también al orden público. Juan Pablo Aguilar indica que este vicio afecta la moralidad y prestigio de la ley (Aguilar y Chiriboga, 2019), de esta manera la misma podría ser alegada por cualquier persona y no necesariamente por los contratantes; e incluso dejando de lado el principio dispositivo podría ser invocada de oficio por un juez. También es necesario indicar que la misma es insubsanable por mandato del artículo 1699 del Código Civil.

Relativa

La nulidad relativa se encuentra reconocida en el artículo 1700 (*ibídem*), el cual hace referencia a:

La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez sino a pedimento de parte; ni puede pedirse por el ministerio público en solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes (Código Civil, 2005a, Artículo 1700, pg. 274).

De esta manera cualquier vicio no contemplado en el artículo 1699 genera nulidad relativa, la cual tendrá los siguientes efectos. Debe necesariamente ser invocada por una de las partes, la misma solo puede ser solicitada por los intervinientes o quien mantenga interés directo en el acto o contrato. Puede ser saneada ya sea por el transcurso del tiempo o por la ratificación de las partes.

Con base en estos artículos y como se indicó previamente, la normativa y jurisprudencia administrativista ecuatoriana recoge dos clases de nulidades. El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en el artículo 13 reconoce la nulidad de pleno derecho y el ERJAFE reconoce tanto la anulabilidad como la nulidad absoluta.

De igual manera, en varios pronunciamientos jurisprudenciales se reconocen estas dos categorías, como en la Sentencia nº 0192-2013 de Sala de Lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia indica que:

nulidad absoluta radical o de pleno derecho del acto, lo que provocaría la inexistencia del mundo jurídico del mismo. Lo contrario sucedería con los vicios del acto administrativo que generan nulidad relativa (anulabilidad), los cuales, al no ser graves, serían susceptibles de ser superados a través de convalidaciones, evitando así la invalidez del acto (Sala de Lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 2013, párr. 5).

Y así también, la ex Corte Suprema de Justicia mediante la Sala de lo Contencioso Administrativo dentro de la Resolución No. 475-07 explica lo siguiente:

En el ámbito administrativo se prevé dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical) descrita principalmente en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y la anulabilidad (Sala de Lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 2013, pp. 0217-2013)

De esta manera, tanto la normativa como la jurisprudencia de nuestro país han recogido dos clases de nulidad: la absoluta radical o de pleno derecho y la nulidad relativa o anulabilidad, desconociendo así las teorías de la irregularidad no invalidante y los actos inexistentes.

En la actualidad y con la emisión del COA (2018), las categorías de la nulidad en nuestro país se mantienen pero varían en sus denominaciones, de tal manera que se clasifica en: nulidad simple esta refiriéndose a la de pleno derecho o absoluta; esto se menciona en el artículo 104 y 105 ibídem y sobre la anulabilidad no se hace referencia, sino se dice que los actos con vicios subsanables podrán ser convalidados, de tal manera que los actos administrativos con vicios subsanables son los que la doctrina ha reconocido casi de manera uniforme como los denominados actos administrativos con vicios anulables.

Lo que a la vez demuestra que nuestro país adopta una teoría amplia de la legitimidad de los actos, puesto que todos los actos administrativos son válidos y por lo tanto gozan de presunción de legitimidad, ejecutoriedad, estabilidad. salvo los que se encasillan en las causales del artículo 105 del COA, de tal forma que si el acto adolece de otro vicio

cualquiera que este sea podrá ser subsanado, lo cual plasma el elemento de estabilidad de los actos administrativos en nuestro ordenamiento jurídico.

Causales de Nulidad en el Código Orgánico Administrativo

Como se indicó de manera previa, cuando hablamos de la nulidad en el COA (2018) se hace referencia a la nulidad absoluta, aquella que es grave e insubsanable. De tal manera que los supuestos de nulidad vienen dados en el artículo 105 ibídem, citado a continuación:

Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que:

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley.
2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
5. Determine actuaciones imposibles.
6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración. (COA, 2018, Artículo 105, pg. 19).

De esta manera, solamente estos supuestos generan nulidad y cualquier otro vicio puede ser convalidado. En caso de que el acto administrativo se encuentre encasillado en cualquiera de estos ocho numerales podrá ser anulado en sede administrativa por razones de legitimidad.

Extinción el Acto Administrativo

Cuando hablamos de extinción hacemos referencia a que algo se acaba, el acto administrativo se extingue de dos maneras: de manera regular e irregular. Esta clasificación se toma parcialmente en nuestra legislación, pues se unifican las causales de extinción del acto administrativo en el artículo 103 del COA; este artículo contempla cinco supuestos de extinción del acto administrativo. El numeral primero y segundo se refieren a formas de terminación irregulares del acto, mientras que los numerales tercero,

cuarto y quinto a causas regulares. Es necesario explicar de manera clara cuándo el acto se extingue de manera irregular y cuándo de manera regular:

De manera regular:

Como se ha indicado, el acto administrativo nace con la finalidad de cumplir las necesidades de la administración en el ejercicio de la función administrativa, por lo tanto, siempre nace para surtir efectos, y se extingue de manera regular cuando se cumplen los mismos; estas formas de terminación están recogidas por el COA, en el artículo 103 en los numerales tercero, cuarto y quinto pues indica que el acto administrativo se extingue por:

1. Cumplimiento, cuando se trata de un acto administrativo cuyos efectos se agotan:

Como se indicó en páginas anteriores, dentro del concepto de acto administrativo reconocido en nuestra legislación, se añade que el mismo se agota con su cumplimiento, es decir cuando cumple el motivo y fin por el cual se dictó. Por ejemplo, el acto administrativo de adjudicación de un contrato público, se extingue cuando se firma el contrato por parte de la máxima autoridad.

2. Caducidad, cuando se verifica la condición resolutoria o se cumple el plazo previsto en el mismo acto administrativo o su régimen específico:

Cuando el acto administrativo está sujeto a una condición o simplemente fue emitido por un tiempo determinado. Esta forma de terminación se puede encontrar por ejemplo en una licencia, que tiene una validez temporal, pasado el tiempo que la misma señala se extingue el acto administrativo.

3. Ejecución de los derechos o cumplimiento de las obligaciones que se deriven de él, de conformidad con la ley, si no se ha previsto un régimen específico: Se refiere al cumplimiento del acto administrativo como tal, por ejemplo, la adjudicación de un contrato público se ejecuta y cumple con su finalidad cuando se celebra el contrato administrativo, o una declaratoria de desierto que se cumple cuando se archiva el proceso declarado como tal.

De manera irregular:

Es cuando el acto administrativo se extingue sin que cumpla los efectos que motivaron su nacimiento; este supuesto es el que se conoce doctrinariamente como revocación. La misma puede darse ya sea por razones de oportunidad, conveniencia, o por razones de

legitimidad, es decir porque el acto está inmerso en causales de nulidad. De esta manera nuestro ordenamiento jurídico reconoce las siguientes:

1. Razones de legitimidad, cuando se declara su nulidad:

Cuando hablamos de revocación por razones de legitimidad necesariamente nos referimos a los supuestos del artículo 105 del COA es decir cuando el acto administrativo es irregular, lo cual abre la posibilidad de que el mismo se extinga por medio de la autotutela administrativa y potestad revisora de la administración, contempladas en el artículo 132 *Ibíd.*

2. Revocatoria, en los casos previstos en este Código.

Cuando hablamos de esta revocatoria hacemos referencia a que la misma se aplica solo a los actos administrativos regulares o con vicios convalidables y se da en base a razones de oportunidad, merito o conveniencia, decimos que esta se da cuando la administración necesita satisfacer el interés general y para satisfacerlo necesariamente necesita revocar el acto administrativo por que el mismo no es conveniente en ese momento ya sea por motivos de rigor técnico, económico u social, o simplemente por que el hecho que genero el acto administrativo a variado, de tal manera que dicha revocacion se puede da mediante la institución jurídica de lesividad.

Capítulo II

La Autotutela Administrativa, Anulación de Actos: Los Actos Administrativos

La Autotutela Administrativa

Cuando se habla de autotutela, en un inicio y en concepto restringido hacemos referencia a un privilegio especial también denominado INTERDITUM PROPIO, entendido como aquella prerrogativa propia de la administración pública para recuperar de oficio sus bienes, sin la necesidad de concurrir al auxilio del órgano jurisdiccional, sin embargo la autotutela no se agota solamente en ese concepto, si no mas bien podemos hacer referencia a que se la entiende como aquella ventaja o prerrogativa propia e innata de la administración, que no se limita exclusivamente a aplicarla en la recuperación de sus bienes si no también al ámbito de control, ejecución y corrección, de las diferentes formas de manifestación de voluntad administrativa, es así que cuando hablamos de actos administrativos los mismos pueden ser ejecutados de manera inmediata y por la propia administración sin intervención judicial y podrán ser revisados o revocados en sede administrativa por la propia administración en caso de que los mismos adolezcan de vicios que se encuentren dentro de las causales de nulidad.

García de Enterría y Fernández, indican que por efectos de la autotutela, las Administraciones Públicas están en la capacidad para tutelar, por sí mismas, sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial (García de Enterría & Fernández, 1999, pg. 515).

De esta manera, si bien la autotutela plasma que la administración expedirá una decisión (acto administrativo), el cual está revestido de efectos como la validez y ejecutoriedad, no es de carácter definitivo, pues el acto podría ser impugnado como otro de sus efectos en la misma sede administrativa o judicial y será la sede judicial quien decida finalmente sobre el mismo. Y si bien la administración pública puede emitir un acto y tutelar por ella misma, ya sea el cumplimiento o su revocación, está siempre estará limitada por la tutela judicial quien será la que en última instancia decida.

Es necesario indicar que el fin último de la autotutela es el de otorgar o dotar de mayor facilidad a la administración pública, pues la misma permite, que si la administración manifiesta su voluntad, mediante cualquiera de las formas en la que las puede realizar, dichas manifestaciones puedan ser ejecutadas, revisadas, corregidas o revocadas de

manera inmediata y directa por las mismas, sin necesidad alguna de acudir al órgano jurisdiccional esto para poder satisfacer de manera inmediata las necesidades de la administración y de los administrados, de esta manera se materializa y se confirma el criterio de Bocanegra Sierra (2006) quien citando a Benvenuti dice que la autotutela faculta a la administración a poder hacerse justicia por sí misma.

Clasificación de la autotutela

La autotutela presenta una división tripartita de acuerdo a varios doctrinarios, la misma se clasifica en:

Autotutela declarativa o de primer grado

Son aquellas decisiones (actos administrativos) que emite la administración pública y gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad. Tal es el caso que la terminología francesa se refiere a los mismos como decisión ejecutoria, puesto que goza de presunción de la que genera como indican García de Enterría y Fernández “cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa” (García de Enterría y Fernández, 1999, pg. 519), es decir, que el acto vale por sí mismo sin necesidad de declaración alguna.

Autotutela ejecutiva

Entendida también como un privilegio de ejecución, pues mediante la misma el estado y la administración publica ejecutan o materializan sus acciones sin la necesidad de un tercero u orden judicial, de tal manera que es la que permite a la administración pública imponer y ejecutar sus decisiones sobre los administrados, aun así, estos estén en contra e incluso utilizando la fuerza

La autotutela reduplicativa de segundo grado o potencia

Es aquella en virtud de la cual la administración revisa sus propios actos, ya sea de oficio o a petición de parte, en este sentido Zavala Egas manifiesta que se revisan con el fin de “reformularlos, revocarlos, sustituirlos o anularlos si adolecen de vicios que la obliguen a hacer” (Zavala, 2005, pg. 182). Esta clase de autotutela es la que importa a este trabajo, puesto que con base en la misma las administraciones públicas podrán revisar sus actuaciones por razones legitimidad (aquellos actos con vicios de legalidad que eventualmente generarán la nulidad del acto). La mencionada autotutela se encuentra

reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 132 del COA, mediante el cual se dota de esta facultad a las administraciones, a que en los casos que correspondan los actos sean revocados y extinguidos en sede administrativa.

La Autotutela en el Sistema Jurídico Ecuatoriano

Esta prerrogativa se plasma dentro de nuestro ordenamiento jurídico en varios cuerpos legales como lo era en los ya derogados artículos 93 del Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, y 370 del Código Orgánico De Organización Territorial. Dichos artículos permitían que la administración pueda revocar y extinguir de oficio actos administrativos con vicios que no podían ser subsanados, dicha facultad se transfiere al COA (2018), en el artículo 106, el cual faculta lo siguiente: “Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión” (COA, 2018, pg. 19). Esta anulación se refiere solo a los actos nulos, de esta manera deja libre la posibilidad de que las administraciones puedan anular los actos administrativos nulos y las facultan a que lo hagan mediante la potestad de revisión que se recoge en el artículo 132 (ibídem), el cual hace referencia a la autotutela de la legalidad y revisión de oficio, de la siguiente manera:

Revisión de oficio. Con independencia de los recursos previstos en este Código, el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada (COA, 2018, Artículo 132, pg. 24)

Podemos ver que nuestro ordenamiento jurídico reconoce de manera expresa y excepcional que los actos administrativos sean declarados nulos; es importante indicar que en el citado artículo no se contempla qué clase de actos (favorables o desfavorables), este particular será abordado más adelante. Sin embargo, la anulación solo se podrá dar, como se ha indicado por razones de legitimidad, de tal manera que solo podremos aplicarla en los actos administrativos que adolezcan de nulidad y que incurran en las causales del artículo 105 del COA.

Supuestos en los cuales se aplica la autotutela

Como se indicó, la autotutela se aplicará solamente en aquellos actos administrativos que adolezcan de nulidad absoluta o plena, es decir en actos (irregulares). Es necesario recordar que nuestra legislación no reconoce de manera expresa la clasificación de las nulidades sino se mantiene bajo una sola clase de nulidad genérica, sin embargo, sus

efectos son los mismos de la absoluta. De esta manera el artículo 105 del COA, nos señala ocho supuestos en los cuales se encasilla la misma. Estos se desarrollarán a continuación, para así poder entender claramente cuándo el acto es nulo:

Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que...
(COA, 2018, Artículo 105, pg. 19)

1. Sea contrario a la Constitución y a la ley

Esta causal es más amplia a la que reconocía el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, puesto que el mismo hacía referencia solo a cuando los mismos eran contrarios a la constitución. Esta causal era extensiva solamente a los actos que lesionen los derechos constitucionales, mientras que el Código Orgánico Administrativo se refiere a los actos que son contrarios a la Constitución y la ley. En Esta causal también se plasma el principio de juridicidad, contemplado en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, principio que hace referencia a que se debe observar todo el ordenamiento jurídico.

2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide

Esta causal se refiere al vicio denominado desviación de poder, en este si bien el acto administrativo no adolece de vicios, es decir no es ilegal, no ha nacido para cumplir con un objeto o fin que beneficie al interés de la sociedad, sino para satisfacer un interés personal, es así que Dromi indica que la desviación de poder aparece cuando se “hace uso de las facultades legales y se toma a la ley como medio para consumir la arbitrariedad” Sobre estos vicios se empezó a hablar en el Consejo de Estado Francés, el cual mencionó que existía cuándo:

- Se ejercían las potestades públicas con un fin diferente al que se les otorgó: este caso se daría cuando un funcionario por ejemplo de control municipal empieza a multar a las personas de manera excesiva e incluso injustificada, con el fin no de hacer cumplir la ordenanza que regule ese comportamiento si no mas bien con un fin recaudatorio.
- Cuando se las usaba para vengarse: se da cuando el funcionario publico no realiza las actividades de manera objetiva, si no mas bien lo hace con una finalidad de persecución o venganza frente a los administrados.
- Para beneficiar a personas cercanas: aparece cuando por ejemplo mediante la declaratoria de emergencia, se contrata a una empresa de un conocido o amigo,

favoreciendo a la misma frente a los demás oferentes que también ofrecían ese bien o servicio.

3. Se dicte sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo

Como se indicó en el primer capítulo de este trabajo, la competencia es un conjunto o cúmulo de atribuciones que se otorgan a un determinado órgano, y viene dada desde la Constitución y la ley. Así, el artículo 226 de la Constitución dice que tanto funcionarios públicos como cualquier persona que actué en nombre del estado realizara exclusivamente aquellas actividades para las cuales se les ha otorgado competencia.

La competencia viene limitada por materia, territorio, grado y tiempo; este numeral no reconoce la incompetencia en razón del grado, pues cuando la misma surge en un acto administrativo emitido por un ente jerárquico inferior, el superior puede ratificar el acto y este puede ser convalidado.

4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado

Esta causal también se refiere a la competencia, pero de manera específica, en razón del tiempo; es necesario indicar que se podrá aplicar siempre y cuando el acto administrativo sea gravoso o cause un perjuicio al administrado. Podemos citar como ejemplo el artículo 26 de la Contraloría General del Estado que establece un término de 180 días entre la emisión de orden de trabajo y la aprobación del informe borrador, si no se cumple ese término la administración pierde la competencia y no podría continuar con el examen.

Como el numeral solo se refiere al acto administrativo gravoso, se entendería que si el acto es favorable o beneficia al administrado adolecería de anulabilidad y podría ser convalidado.

5. Determine actuaciones imposibles

Cuando hablamos de actuaciones imposibles pueden ser de dos clases: las de imposibilidad de hecho y las de derecho. Parecería lógico mencionar que este numeral se refiere a las de hecho puesto que el numeral 1 de este artículo ha recogido las de derecho.

La imposibilidad de hecho surge por la imposibilidad de cumplir el objeto del acto (autorizar la construcción de una vivienda de tres pisos, y en el mismo acto ordenar que se derroque o destruya el primer piso) o por la imposibilidad física de su ejecución (solicitar a un mismo sujeto que comparezca en dos lugares diferentes, en una misma fecha y hora).

Estas actuaciones deberán estar presentes en el momento en que se emite el acto para que se puedan alegar como causales de nulidad, pues si las mismas son posteriores estaríamos ante un supuesto de ineficacia del acto, por ejemplo: querer sancionar con destitución a un funcionario que murió tiempo atrás.

6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este código.

Se refiere a que en caso de haberse configurado el silencio administrativo (mediante acto presunto) por la inacción de la administración pública, la resolución que confirme el acto presunto solo podrá dictarse si se confirma el mismo.

7. Se origine en hechos que constituyan una infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada

Se refiere a que el acto es nulo cuando se origina de hechos que son tipificados por el derecho penal, pero para que la causal pueda proceder será necesario que exista una sentencia judicial ejecutoriada; por ejemplo, cuando se firma un contrato para la ejecución de una obra pública a cambio de una dádiva.

8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración

Esta causal según Juan Pablo Aguilar es de difícil entendimiento, y se concuerda con esta afirmación puesto que los actos administrativos siempre tienen como origen uno o varios actos preparativos o informes que son actos de simple administración. Los mismos servirán como base para que la administración pública pueda emitir de manera motivada su resolución.

Límite de la anulación de actos mediante revisión de oficio

Al hablar sobre la existencia de límites en la autotutela, podemos indicar que el primero es la estabilidad de los actos, es decir la prohibición que tiene la administración de revocar actos administrativos. Es necesario reconocer que en nuestro país este concepto se desarrolló, como bien indican Aguilar y Chiriboga (2019), cuando la Comisión de Prestaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social se pronunció indicando que un órgano emisor de un acto administrativo, está vedado de revisarlo por sí mismo. Los mismos autores también hace referencia a los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, cuando menciona que el órgano administrativo autor del acto no tiene la competencia para extinguirlo.

El segundo límite es que el acto haya generado derechos subjetivos, como indica el autor Comadira: “existe coincidencia general en admitir la anulación de oficio en los supuestos en los que el acto no hubiere generado derechos subjetivos en favor del administrado” (Comadira, 2019, pg. 17). De tal manera, el acto procedería solo cuando no genere derechos, es necesario preguntarse qué sucede cuando se declaran derechos subjetivos; nuestra Corte Constitucional se ha referido a este particular en la sentencia No. 030-18-SEP-CC 10 del año 2018, que crea la siguiente regla jurisprudencial:

Las autoridades públicas están vedadas de remover directamente a un servidor o servidora pública que haya ingresado con nombramiento de carácter permite, so pretexto de corregir el vicio de legalidad en el ingreso. En caso de existir tales vicios, la corrección deberá hacérsela por medio de la declaratoria de lesividad (Corte Constitucional, 2018, párr. 2)

Esta sentencia pone en duda la facultad de revocación de las administraciones cuando el acto genera derechos, pero es necesario recalcar que la misma corte indica que esta regla se aplica solo en casos con analogía fáctica, lo cual resulta lógico pues el ordenamiento jurídico faculta a realizar esta revisión de los actos. Esto es corroborado por la Procuraduría General del Estado que hace referencia a que si existen causas de nulidad en el acto administrativo se aplica el artículo 132 del COA, y señalan: “se puede ejercer cuando objetivamente existan causas de nulidad no convalidables en el acto administrativo” (Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Comun., 2018)

Coincido con lo que manifiesta la procuraduría puesto que, del análisis normativo, como doctrinario son determinantes. Es así que, cuando en el acto existe un vicio grave que acarrea nulidad y afecta la legitimidad; este puede ser revocado en cualquier momento por la administración y puede extinguirse, aunque genere derechos subjetivos a favor del administrado. Como indican los doctrinarios, se sacrificaría la estabilidad del acto con el fin de que se reestablezca el orden legal, particular que es confirmado por la Corte Nacional de Justicia en la sentencia de la sala de lo Contencioso Administrativo signada con el numero de resolución 652-2015, en el cual textualmente se dice que:

Hay que aclarar que la acción de lesividad no es la única forma de extinguir actos administrativos previamente otorgados que hayan generado derechos subjetivos, considerando también el Derecho administrativo contemporáneo que tal extinción o reforma se puede dar en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad, cuando existan razones de orden público que plenamente justifiquen tal extinción de

oficio (Sala de Lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, 2013, 0217-2013).

Procedimiento que se debe seguir para la anulación del acto administrativo

En este punto del trabajo es necesario indicar la forma y el proceso en el cual se debe llevar a cabo la anulación del acto administrativo, de esta manera se analizará el contenido del artículo 132 del COA, que se encuentra en el capítulo VI, denominado Autotutela de la legalidad y corrección de los actos.

Revisión de oficio. Con independencia de los recursos previstos en este Código, el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada. El trámite aplicable es el procedimiento administrativo. El transcurso del plazo de dos meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento de revisión de oficio sin dictarse acto administrativo, produce la caducidad del procedimiento (COA, 2018, Artículo 132, pg. 16).

1. El primer inciso hace referencia al primer supuesto necesario para que se proceda a la revisión de la existencia de un acto nulo. También nos dice que la anulación del acto es potestad de la máxima autoridad administrativa, de tal manera que en caso de que el acto provenga del municipio, será el alcalde quien deberá emitir el nuevo acto administrativo que extinga al nulo. De igual manera nos habla de que puede realizarse en cualquier momento (lo cual es una particularidad de la nulidad absoluta o radical) y se puede hacer por iniciativa propia o insinuación de terceros, lo que plasma otra característica de la nulidad que podrá ser invocada por cualquier persona. Por la insinuación se entiende que no necesariamente se deberá hacer mediante reclamo sino puede realizarse de manera muy informal. Cuando se habla de que el acto será anulado por la máxima autoridad también es necesario indicar que eso convierte al acto en inimpugnable, pues sobre el mismo no se podría ejercer recurso impugnatorio alguno en sede administrativa por mandato del artículo 219 del mismo COA. En tal caso solo quedaría la sede judicial para impugnarlo.

2. Nos indica que deberá existir un procedimiento administrativo, supuesto que resulta lógico ya que al no existir se podría realizar la revisión sin previo aviso al administrado, quien podría ver sus derechos afectados. De esta manera se pone un límite a las arbitrariedades que podrían cometerse por parte de la administración, y que, si bien existe una potestad discrecional de la misma, esta será para el inicio del proceso, no para generar

la nulidad del acto per se. El procedimiento se inicia con la notificación al interesado conforme el artículo 164 del mentado cuerpo legal, en caso de existir una pluralidad de interesados se notifica a todos, aunque luego se deberá nombrar a un representante. También debe existir un expediente administrativo y podrá ser necesario que se convoque una audiencia. Se podrán dictar medidas de protección antes de iniciado el proceso conforme el artículo 180 ibídem y cautelares en el transcurso del mismo siempre y cuando se acredite la necesidad de la mismas de acuerdo al artículo 183. Así también se deberá aportar prueba conforme el artículo 195 del COA, motivo por el cual se apertura un periodo de prueba y posterior a la culminación de este periodo, la administración deberá emitir el acto administrativo mediante en el cual se declara la de la nulidad del acto revisado.

3. Finalmente el inciso tercero hace referencia a la caducidad en razón del tiempo del proceso, así que la administración ya sea que inicie de oficio u insinuación de particular, tiene un plazo de dos meses para terminar el proceso mediante la resolución que declare la nulidad. Caso contrario, al exceder el mismo nos encontraríamos frente a un acto nulo.

Capítulo III

La Lesividad

Podemos decir que, la lesividad es la institución mediante la cual el derecho administrativo permite extinguir actos administrativos regulares o con vicios anulables que sean favorables al administrado; es decir, aquellos que dan un beneficio o ventaja al administrado; siempre y cuando los mismos sean contrarios al interés general o público. Además, ésta institución limita la autotutela y revocatoria de los actos administrativos, pues no podrán ser revocados en sede administrativa los actos regulares o con vicios convalidables y favorables al administrado.

Antecedente histórico

Existe consenso en la doctrina al momento de señalar el nacimiento de la institución de lesividad en España, esto a pesar de la ausencia de una fecha exacta, en la que se plasmó en su ordenamiento jurídico, algunos autores mencionan que fue en 1846 y otros en 1853. Sin embargo, hay consonancia con la perspectiva de García de Enterría y Fernández (1999) y (Parada, 2012), quienes mencionan que la génesis de la lesividad fue el real decreto de mayo de 1853, mediante el cual se recoge la acción de lesividad, pero limitando su aplicación solamente a los casos en los cuales existiría una lesión de índole económica a la administración.

La lesividad no se aplica a un acto que adolece de vicios o irregularidades graves, por lo contrario, aparece cuando el acto administrativo es regular, es decir cuando cumple con todos los requisitos para su validez y eficacia. Como se dijo anteriormente, en los inicios, la lesión se consideraba sólo en el plano económico y esto se mantuvo hasta la emisión de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de España en 1998, que incluye el concepto de que la declaratoria de lesividad es un elemento previo a la demanda de lesividad la administración pública. Por tanto, necesariamente deberá declarar que el acto es lesivo al interés público. Es necesario indicar que cuando hablamos de interés público nos referimos a un concepto indeterminado, que abarca un sin número de intereses, entre ellos el económico.

Concepto de la declaratoria de lesividad

Como se ha indicado, existe una forma de extinguir y revocar los actos administrativos nulos, y también existe una para extinguir los actos administrativos regulares, anulables y favorables para el administrado, esta figura se aplica para estos supuestos fácticos.

La declaratoria de lesividad es un trámite previo y necesario para que la administración pueda acudir al órgano jurisdiccional y solicitar la anulación del acto administrativo regular o con vicios convalidables, que generó un derecho al administrado, de tal modo que los doctrinarios la definen de la siguiente manera:

Guaita la define como un acto administrativo: “con miras a entablar un ulterior proceso, la Administración declara que un acto suyo es lesivo a sus intereses” (Guaita, 1953, pg. 45). Sobre el concepto dado, es necesario indicar o señalar algunos aspectos importantes, como por ejemplo que la declaración de lesividad es un trámite previo y necesario, para después poder demandar la misma ante el órgano jurisdiccional. También que se da cuando el acto que se pretende anular es lesivo a sus intereses, refiriendonos a esos intereses es necesario hacer aquí una pequeña acotación: la administración pública siempre tendrá un fin y un interés, que es satisfacer el interés general.

Así también Comadira, recoge sobre el concepto de la declaración de lesividad el criterio expuesto por el tratadista ecuatoriano Pablo Tinajero quien manifiesta que la misma es un “acto administrativo inimpugnable, que contiene expresión de voluntad del órgano administrativo competente mediante el cual se procura el retiro del mundo jurídico, de un acto cuyos efectos benefician a un particular y que lesiona los intereses públicos” (Tinajero, 1998 citado en Comadira, 2019, p. 28).

El concepto por parte de Tinajero es muy acertado pues añade un particular al concepto, el carácter de inimpugnable del acto administrativo que declara esa voluntad de retirar el acto favorable del mundo jurídico. Decimos que el mismo es inimpugnable pues el mismo es preparatorio y necesario para acudir a la vía jurisdiccional y solo ahí discutir el fondo del asunto, así también es necesario indicar que se podrá impugnar solo lo referente a la reparación económica.

Es necesario citar también el concepto dado por Dromi, para quien la declaratoria de lesividad: “Se trata de un acto administrativo de naturaleza especial, ya que únicamente produce efectos en el ámbito procesal” (Dromi, 2004, pg. 220).

La lesividad es un acto administrativo (impropio) pues no surte efectos directos, en el cual se plasma un descuerdo con la autoridad administrativa emisora de un acto administrativo por motivos de interés general, así como la intención de extinguirlo y retirarlo del tráfico jurídico. Como se indicó en líneas anteriores deberá existir siempre como requisito indispensable para acudir a la vía judicial, esto será lo que habilita la vía, caso contrario será imposible acudir al órgano jurisdiccional.

Regulación de la lesividad en legislación española

Analizaremos de manera muy rápida la regulación de esta institución en España, de tal manera que el ordenamiento jurídico español basado en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere a la lesividad en el artículo 103 *ibídem*, de la siguiente manera:

Primero menciona los actos anulables, es decir aquellos que contienen vicios convalidables o adolecen de nulidad relativa, que deberán ser contrarios o lesionar el interés público. Así también concede la facultad de que las administraciones declaren la lesividad nulidad del acto, e impone la necesidad de que una vez declarada la lesividad necesariamente se concurra a la justicia ordinaria, es decir al Contencioso Administrativo con el fin de que el acto sea declarado lesivo al interés general. También habla de un tiempo máximo para que esta acción sea practicada, fijando como tiempo máximo para que sea declarada cuatro años, establece un tiempo máximo para que el acto sea declarado lesivo en sede administrativa y contempla la posibilidad de caducidad de este.

Regulación de la lesividad en el Ecuador

Cuando nos referimos a la lesividad debemos obligatoriamente remitirnos como antecedente a la ya derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y en específico a su artículo 23, el cual si bien no se hacía referencia a la lesividad genera la siguiente particularidad al indicar que: el órgano creador de un acto administrativo no podía revocarlo o anularlo por sí mismo.

Como se indicó esta norma si bien no se refiere de manera expresa a la lesividad como tal, ni a como se debería aplicar, da luces a la administración de que en aquellos casos en los cuales no se pueda revocar un acto en sede administrativa, la misma podría demandar la anulación del acto en vía judicial.

De tal manera que la primera aparición como tal de la lesividad, se da con el Estatuto De Régimen Jurídico y Administrativo De La Función Ejecutiva, en su artículo 97 el cual me permito citar:

LESIVIDAD. - La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del ministro competente.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad (Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, 2002, Artículo 97, pg. 20)

El mencionado artículo trae a colación tres requisitos para que proceda la lesividad:

1. Procede solo con actos declarativos de derechos, que no puedan ser anulables o revocados en sede administrativa.
2. Se necesitará de una declaración previa por parte de la administración para que declare al acto administrativo como lesivo al interés público.
3. La acción solo podrá proponerse al contencioso en tres meses contados a partir de la declaratoria de la misma.

Así también, otro cuerpo legal que contenía una regulación sobre la lesividad es el Código Orgánico De Organización Territorial (COOTAD), esta norma recogía la lesividad dentro del capítulo VII, en el artículo 372, que fue derogado mediante la disposición derogatoria séptima del COA. Se analizará la regulación de esta norma con el fin de revisar las particularidades que tenía:

Las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados podrán de oficio o a petición de parte declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para el administrado que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, previa su extinción.

La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo.

Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria.

Iniciado el procedimiento administrativo de lesividad, la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado respectivo podrá suspender la ejecución del acto materia de dicho procedimiento, cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o les cause daños a terceros (COOTAD, 2001).

Esta definición nos trae las siguientes particularidades:

1. Hace referencia a que la declaratoria de lesividad es potestad de las máximas autoridades de los GADS, y que la podrán realizar de oficio o a petición de parte. También menciona que procede contra actos legítimos (regulares) o con vicios convalidables, y que la declaración es un requisito para poner a conocimiento del contencioso administrativo.
2. A diferencia del Estatuto De Régimen Jurídico y Administrativo De La Función Ejecutiva, fija un tiempo perentorio para que se pueda declarar lesivo el acto, lo cual tiene sentido pues si hablamos de actos con vicios convalidables, los mismos se sanearían con el transcurso del tiempo. Se establece que debe existir una audiencia previa a la declaración, esta audiencia podría realizarse dentro de los tres años de plazo, contando con todos los interesados en el proceso. Nos referimos a “proceso” porque la administración debía llevar uno, previo a declarar el acto lesivo, esto como garantía de los derechos de los administrados. Es así que debía existir un expediente en el cual incluso se podría haber aportado una prueba, es necesario aclarar que el tiempo para que el acto pueda ser declarado lesivo era de tres años, mas no la duración del proceso de lesividad.
3. Al igual que el Estatuto De Régimen Jurídico y Administrativo De La Función Ejecutiva, habla de tres meses para que se culmine con el proceso de declaratoria de lesividad, so pena que en caso de que excedan ese periodo de tiempo el proceso caduco.
4. Se refiere también a la competencia del órgano jurisdiccional, y a que la acción de lesividad se ejercitará ante los tribunales de lo Contencioso Administrativo; y a la posibilidad de suspensión del acto administrativo cuando al no hacerlo, este podría causar un daño grave a terceros.

De esta manera podemos decir que el Código Orgánico De Organización Territorial tenía una mejor redacción que la que contempla el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva; puesto que el mismo regula de manera más clara la

figura incluso explicando cuándo procede, el tiempo para que pueda ser utilizada por la administración, el tiempo de duración y la sanción en caso de excederlo.

Una vez que se ha revisado de qué manera apareció y cómo estaba regulada la lesividad, es necesario abordar esta institución en la normativa actual. De esta manera nos referiremos al artículo 115 del Código Orgánico Administrativo, que hace referencia a la revocación de los actos favorables.

Revocatoria de actos favorables lesividad

La lesividad viene inserta dentro de la sección V del Código Orgánico Administrativo, la regulación de la misma viene dada en tres artículos, del 115 al 117, los cuales se analizarán a continuación:

Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables.

La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.

El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial (COA, 2018, Artículo 115 pg. 15).

De igual manera que con los anteriores artículos haremos un análisis de la regulación para evidenciar los cambios que existieron con la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo, frente a la derogada regulación dada por el COOTAD.

1. Vemos que se plasma el concepto de Dromi, en donde menciona que la declaratoria de lesividad es un acto necesario para poder proponer la acción de lesividad en vía judicial, la declaración de lesividad puede ser de oficio o petición de parte. También se refiere a que se pueden declarar lesivos para el interés público, ya sea los actos legítimos o con vicios convalidables, de esta manera se

limita la declaratoria de lesividad solo a estos dos mas no a los irregulares, lo cual evidencia que para los mismo existe y se puede aplicar la autotutela,

2. También se contempla que el objeto de esta acción es el interés general, y que la misma es inimpugnable, salvo en lo que se refiere a mecanismos de reparación. El particular de la reparación es de suma importancia puesto que debemos considerar que se está anulando el acto válido por causas que contrarían el interés público e interés general, de esta manera nace una indemnización a favor del administrado que se afecta con la declaratoria de lesividad.
3. El punto que se refiere a que “no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición” (COA, 2018, Artículo 115, pg. 15); resulta preocupante, pues daría a entender que prácticamente la administración estaría anulando y extinguiendo el acto en sede administrativa, si no existe oposición. Este particular destruiría toda la institución de acción de lesividad, por lo tanto, creemos que en este particular existe una indebida regulación. Y mas bien que el ultimo inciso intenta referirse a que la oposición sea referente a la parte económica, puesto que jamás se podrá extinguir el acto declarándolo lesivo en sede administrativa, si no mas bien y como se ha comentado en el trabajo esa declaración es un requisito a fin de concurrir a los jueces de lo Contencioso Administrativo a fin de que sean ellos quienes en sentencia declaren lesivo y revoquen el acto administrativo.

De igual manera es necesario revisar lo referente al tiempo que tiene la administración para poder iniciar el procedimiento de declaración de lesividad y quién es la autoridad competente para emitir la resolución del mismo, estos dos particulares vienen dados en los artículos 116 y 117 ibídem:

Caducidad de la potestad revocatoria. La declaratoria de lesividad y la consecuente revocación del acto no pueden efectuarse si han transcurrido tres años desde que se notificó el acto administrativo (COA, 2018, Artículo 116, pg. 15)

Al igual que el Estatuto Régimen Jurídico Administrativo Función Ejecutiva, este cuerpo normativo fija un tiempo máximo dentro del cual la administración puede iniciar el proceso de declaratoria de lesividad el mismo que es de 3 años desde que se notifico con el acto a su beneficiario, pasado este tiempo no puede aplicarse la lesividad, lo cual es lógico y a la vez genera seguridad jurídica para los administrados, y a la vez un tiempo prudencial para que la administración pueda ejercer su potestad.

Y así también el artículo 217 de la coa se refiere a que le corresponde a la máxima autoridad de la entidad administrativa iniciar el tramite, lo que genera que la declaratoria de lesividad sea inimpugnable pues como sabemos conforme el artículo 219 del mismo COA, el acto emitido por la máxima autoridad solo puede ser impugnado en sede judicial. También nos habla de que se seguirá el procedimiento administrativo ordinario, por lo tanto, si bien existe una potestad discrecional por parte de la administración, la potestad se limita a declarar que un determinado acto es contrario al interés general, mas no les quita la obligación de respetar los derechos constitucionales y el debido proceso.

De esta forma obligatoriamente se deberá notificar al interesado y afectado, conforme el artículo 164 del mentado cuerpo legal, así mismo de existir pluralidad de interesados se notificará a todos, aunque luego se nombrará a un representante. Así también se podrán dictar medidas de protección antes de iniciado el proceso conforme el artículo 180 ibídem y cautelares en el transcurso del mismo, siempre y cuando se acredite la necesidad de la mismas. También se deberá aportar prueba en el proceso, la misma que se guiará conforme el artículo 195 y posterior a la culminación de este periodo la administración deberá emitir el acto administrativo mediante el cual se declararía la lesividad del acto que pretende ser anulado.

Procedimiento en vía judicial

Como se ha analizado hasta el momento la lesividad es un acto previo a acudir al órgano jurisdiccional competente, con el fin de que el mismo extinga el acto. Es necesario revisar el tiempo que se tiene para acudir al mismo, así como que deberá ser aprobado por la administración para que el órgano jurisdiccional extinga el acto.

De esta manera podemos empezar indicando que por expreso mandamiento del Código Orgánico de la Función Judicial, la lesividad debe ser declarada por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, esto conforme el artículo 217, el cual citamos a continuación:

ATRIBUCIONES Y DEBERES. - Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

11. Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración (COFJ, 2009, Artículo 217, pg. 68)

Mediante la norma citada, queda claro que la competencia para conocer procesos donde se demande la lesividad es de los tribunales de lo contencioso administrativo, y así también estos deberán de conocer las impugnaciones respecto a la declaratoria de lesividad en cuanto al contenido económico de las mismas.

Teniendo en cuenta, el órgano competente para conocer las controversias relativas a la lesividad, es necesario conocer cuál es el proceso que debe seguirse para la declaración de la misma, para lo cual debemos remitirnos al Código General de Procesos, que en su artículo 326 se refiere al proceso contencioso administrativo y en específico a las acciones que se tramitan en el mismo:

Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones;

La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público (CGP, 2015, Artículo 326, pg. 45).

La norma citada deja claro que la autoridad competente para revocar un acto administrativo mediante la lesividad, es el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así también en el artículo 306 numeral 4 del COGEP, se indica la oportunidad para plantear la demanda y se refiere a que para la acción de lesividad el tiempo será de 90 días contados desde el día siguiente a la emisión de la declaratoria de lesividad. Este particular es de suma importancia pues en caso de que no se demande la lesividad dentro de este tiempo, el acto ya no podrá ser declarado lesivo y por ende persistirá, este término que establece la norma tanto para demandar la lesividad como para declararla, se da a fin de materializar la seguridad jurídica de los administrados.

De esta forma queda claro como se tramitará la acción de lesividad, que se propondrá ante los tribunales de lo contencioso administrativo en un tiempo no mayor a 90 días contados desde el día siguiente a la notificación con la declaratoria de lesividad, y que se demandará al administrado a quien el acto le concedió derechos subjetivos, y se tramitará mediante un procedimiento ordinario. Dentro de este proceso la administración deberá probar y evidenciar que el acto administrativo es contrario al interés general y si se cumple con estos requisitos, el tribunal lo declarará lesivo y lo extinguirá.

Conclusiones

Del trabajo investigativo realizado, se evidencia que la administración pública a fin de poder cumplir sus objetivos, mediante la función administrativa declara su voluntad de diferentes maneras como lo son: acto administrativo, hecho administrativo, contrato administrativo, acto de simple administración y acto normativo de carácter administrativo, siendo la manera más relevante de declaración de voluntad, el acto administrativo mediante el cual, muchas veces se genera o extingue derechos a favor de los administrados, el mismo que deberá cumplir una serie de requisitos para poder ser regular, perfecto, o también podría contener vicios pequeños o anulables, los que no lo invalidan en ningún caso y mas bien dejarían la posibilidad de convalidarlo, o en su defecto, podría ser que adolezca de vicios graves que lo conviertan en nulo.

Ahora, es necesario plantearnos cómo podría anularse un acto administrativo, si se lo puede hacer en sede administrativa o necesariamente la administración debería recurrir a sede judicial, para lo cual evidenciamos que ambas formas son posibles y correctas pero dependerá directamente de la forma o manera en la cual haya nacido el acto administrativo de esta manera; si estamos frente a la extinción de un acto administrativo con vicios groseros y graves, o sea frente a un acto nulo, la administración por sí misma y con base a la autotutela administrativa podrá extinguir o anular el mismo, en la propia sede administrativa sin la necesidad de recurrir ante un Juez, esto conforme el artículo 132 del COA, pero si se busca revocar un acto administrativo regular o con vicios convalidables solo se lo podrá realizar mediante la declaratoria de lesividad.

Además, la Lesividad es una figura propiamente aplicable para revocar actos administrativos que cumplan tres requisitos: que sean regulares o con vicios convalidables (anulables), favorables al administrado y, que sean contrarios al interés público, pues de no ser un acto administrativo regular o con vicios convalidables la forma de extinguir es mediante el ejercicio de autotela administrativa y, de igual manera, si no es favorable al administrado, el acto puede ser revocado en cualquier momento por parte de la administración. Sobre la lesividad, es necesario recalcar que la misma consta de dos momentos; el uno referente a la declaratoria de lesividad, misma que se realiza en sede administrativa y es requisito indispensable para poder acudir ante el órgano jurisdiccional en específico, esto es ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, para que sean estos quienes, en sentencia, declaren que determinado acto administrativo es lesivo el interés público y lo extingan.

Referencias

- Aguilar, J., & Chiriboga, V. (Eds.). (2019). *Estudios sobre el Código orgánico administrativo* (Primera edición). Quito, Ecuador: Cevallos Editora Jurídica.
- Barbosa, I. (2007). *Contrato Administrativo*. Belo Horizonte.
- Bejar, J. (2012). *Curso de Derecho Administrativo* (Editorial Novum). México DF: Editorial Novum.
- Benalcázar, J. (2005). Las vías de hecho y los derechos fundamentales. Recuperado 2 de febrero de 2021, de Derecho Ecuador website: <https://www.derechoecuador.com/las-viacuteas-de-hecho-y-los-derechos-fundamentales>
- Bocanegra Sierra, R. (2006). *Lecciones sobre el acto administrativo* (3. Ed). Madrid: Thomson Civitas.
- Cassagne, J. (2005). *El contrato administrativo: Conceptos y diferencias con los contratos civiles"* (segunda). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Cassagne, J. C. (2007). La supervivencia de la figura del contrato administrativo y su categorización jurídica. *La contratación pública, Vol. 1, 2007, ISBN 978-950-741-282-0, págs. 53-87, 53-87.* Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5400799>
- Cassagne, J. C. (2019). Las transformaciones en la teoría y régimen del contrato administrativo. *Estudios de derecho administrativo*, (20), 485-517.
- Chuquimarca, J. (2013). División de poderes en la actual Constitución del Ecuador. *Resistencia*, 49-53.
- Código Orgánico Administrativo* [Registro Oficial 31]. (2018).
- Comadira, F. (2019). *La acción de lesividad* (Rap S.A). Argentina: Astrea.
- Consejo de Regulación y Desarrollo de la Información y Común. (2018). *Oficio PGE. no. 01096 Frecuencias o Canales de Radiodifusión Sonora o de Televisión* (pp. 1-11) [Extractos de Pronunciamientos]. Ecuador: Procuraduría General del Estado. Recuperado de Procuraduría General del Estado website: http://www.pge.gob.ec/images/2018/extractos/EP_EXTRACTO_DE_PRONUNCIAMIENTO_DE_OCTUBRE_2018.pdf
- Cornejo, J. (2016). Sumario Administrativo. Recuperado 2 de febrero de 2021, de Derecho Ecuador website: <https://www.derechoecuador.com/sumario-administrativo>

- Corte Constitucional del Ecuador. *Caso N.º 0156-14-EP*. Sentencia No. 139-14-SEP-CC (2014).
- Corte Constitucional del Ecuador. *Caso Nro. 0290-10-EP*. Sentencia No. 030-18-SEP-CC. (2018).
- Dromi, J. (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- Dromi, R. (2006). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Hispana de Libros.
- Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva* (2002). [Registro Oficial 536]. Recuperado de https://www.defensa.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2018/05/ERJAFE_abr18.pdf
- Código Civil (Libro IV)*. (2005). [Registro Oficial 46]. Recuperado de <https://lotaip.eltelegrafo.com.ec/2015/mayo/CODIGO-CIVIL-LIBRO%20IV.pdf>
- Registro Oficial 32* (2005). [Oficio 15846]. Recuperado de <https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2005/06/registro-oficial-14-de-junio-del-2005>
- Ecuador. (2008, octubre 20). [Registro Oficial 449].
- Constitución de la República del Ecuador* (2009). *Código Orgánico de la Función Judicial* [Registro Oficial Suplemento 544].
- Código Orgánico General de Procesos* (2015). [Registro Oficial 506]. Recuperado de <https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2017/01/CODIGO-ORGANICO-GENERAL-PROCESOS.pdf>
- Gallego Anabitarte, A., & Menéndez Rexach, Á. (2001). *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (1999). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Thomson Civitas.
- Garrido, F., & Palomar, A. (2005). *Tratado de derecho administrativo* (14. Ed). Madrid: Tecnos.
- Garrido, F., Palomar, A., & Losada, H. (2005). *Tratado de Derecho Administrativo: Parte general*. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=326919>
- Gordillo, A. A. (2003). *Tratado de derecho administrativo Teoría General del Derecho Administrativo* (Vol. 8). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Guaita, A. (1953). *El proceso administrativo de lesividad: El recurso contencioso interpuesto por la administración*. Bosch.

- Jellinek, G. (1954). *Teoría general del Estado*. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Kazor, K. (2000). Principio de legalidad y criterios de vinculación positiva y negativa en la Constitución. *Revista de Derecho*, 8(1), 91-96.
- Londoño, G. (2009). Resoluciones sancionatorias aduaneras indebidamente notificadas, títulos ejecutivos en el proceso de cobro administrativo. *MERCATEC*, (46), 6-16.
- Morales Tobar, M. (2011). *Manual de derecho procesal administrativo* (1. Ed). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Muñoz, S. (2015). *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo III: Los principios de constitucionalidad y legalidad*. Boletín Oficial del Estado.
- Ortiz, E. (1965). Materia y objeto del contencioso-administrativo. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (5). Recuperado de <https://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/view/17083>
- Palomar Olmeda, A., & Garrido Falla, F. (2006). *Parte general: Conclusión* (12. Ed). Madrid: Tecnos.
- Parada, J. (2012). *Concepto y fuentes del derecho administrativo*. Barcelona: Marcial Pons.
- Peñaranda, J. (2017). El reglamento como fuente específica del derecho administrativo y principio de legalidad. *El reglamento*, 1-55.
- Sala de Lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. *Resolución No. 0217-2013.*, (Sala de Lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia (2012) 2013).
- Sala de Lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. *Sentencia nº 0192-2013.*, No 0572-2009 (26 de marzo de 2013).
- Sánchez, M., Chamba, D., Moncayo, R., & Sarmiento, J. (2019). *El acto administrativo en el Código Administrativo Ecuatoriano*. 6(11), 66-75.
- Santofimio, O. (1988). *Acto administrativo—Procedimiento, Eficacia y Validez*; (Primera). Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Tivaroni, C. (1888). *Storia critica del risorgimento italiano*.
- Trayter, J. (2017). *Derecho Administrativo Parte General*. Barcelona: ATELIER.
- Trujillo, E. (2021). Hecho jurídico—Qué es, definición y concepto. Recuperado 2 de febrero de 2021, de Economipedia website: <https://economipedia.com/definiciones/hecho-juridico.html>

- Vázquez, M. (2014). Posición jurídica del particular frente a la administración. *Revista de la Facultad de Derecho*, 30(1). Recuperado de <file:///Users/patriciosanmartin/Downloads/104-Texto%20del%20art%C3%ADculo-314-1-10-20140209.pdf>
- Zanobini, G. (1954). *Curso de derecho administrativo: Parte general*. Ediciones Arayú.
- Zavala Egas, J., Zavala Luque, J., & Acosta, J. (2012). *Comentarios a Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil: EDILEX.
- Zavala, J. (2005). *El procedimiento administrativo*. Guayaquil: Edino. Recuperado de https://www.revistajuridicaonline.com/wp-content/uploads/2007/07/22_el_procedimiento_administrativo.pdf