



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**Tesis para la obtención del Título de Abogado de los
Tribunales de Justicia de la República**

La Acción de Lesividad

Autor: Pablo Andrés Cordero Vásquez

Director: Dr. Patricio Cordero Ordóñez

Cuenca, Ecuador

2010

DEDICATORIA

A mi familia y amigos, por estar siempre conmigo, bajo cualquier circunstancia, de manera especial a mis padres, Pablo y Fanny; mis hermanos Gabriela y Esteban; mis tíos, Fausto y Ruth; mis primos Loles, Fausto y Christian; mis dos abuelitas, Inesita y Esthercita; y, mis dos abuelitos, Mariano y Tarquino, quienes ahora no pueden acompañarme, pero no están ausentes.

AGRADECIMIENTO

De manera muy especial a mi familia, quienes han hecho posible que ascienda muchos escalones en mi vida, uno de ellos éste, dejarme en un terreno de lucha que está por venir.

A mis amigos, quienes jugaron un papel importante en este logro, siempre preocupados en que me esfuerce para mi propio bien.

A quienes hacen la Universidad del Azuay, especialmente el personal de la Facultad de Ciencias Jurídicas, que ha marcado una etapa de mi vida.

A la vida universitaria, que me ha permitido hacer grandes amigos en el día a día estudiantil.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO	iii
RESUMEN	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I. TEORÍA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, GENERALIDADES	2
Introducción	2
1.1 El Hombre como ser social	2
1.2. El bien común de los Administrados.	6
1.3. El Acto Administrativo.	9
1.4. Elementos del Acto Administrativo.	15
1.4.1. La Competencia	15
1.4.2. El Objeto	16
1.4.3. La Voluntad	16
1.4.4. La Forma	18
1.4.5. La Motivación	18
1.4.6. La Notificación	19
1.5. Características.	20
1.5.1. Legitimidad	20
1.5.2. Ejecutividad	21
1.5.3. Ejecutoriedad	22
1.5.4. Estabilidad	23
1.5.5. Impugnabilidad	24
1.6. El Hecho Administrativo.	27
Conclusiones	29
CAPÍTULO II. NULIDAD Y REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO	32
Introducción	32
2.1. La Nulidad.	32
2.1.1. Actos dictados por órgano incompetente	36

2.1.2. Actos dictados con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido	38
2.1.3. Actos de Contenido Imposible	39
2.1.4. Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta	40
2.1.5. Actos cuyos presupuestos básicos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento	41
2.2. La Revocación.	42
2.3. Actos Administrativos Revocables.	44
2.4. Actos Administrativos Irrevocables.	45
Actos administrativos provenientes de la facultad discrecional de la administración	45
Actos administrativos certificatorios	46
Informes o dictámenes	46
Autorizaciones o aprobaciones	46
Inscripciones en registros	47
Actos que han generado derechos en terceros	47
Los nombramientos	47
2.5. Actos Administrativo Revocables en Sede Jurisdiccional.	48
Conclusiones	50
CAPÍTULO III. LA LESIVIDAD	53
Introducción	53
3.1. Limitaciones de la Administración, por un Acto Lesivo.	53
3.2. Declaratoria de Lesividad.	55
3.2.1. Acto administrativo inimpugnable	56
3.2.2. Expresión de voluntad	57
3.2.3. Procura el retiro del mundo jurídico de un acto suyo anterior	58
3.2.4. Acto anterior que lesiona el interés público	58
3.2.5. Acto que crea derechos en favor de un tercero	58
3.2.6. Declaración de lesividad como exigencia previa para instaurar la acción de lesividad	59
3.3. Actos que pueden ser declarados lesivos.	60
3.4. Procedimiento para la declaración de lesividad.	61
3.5. Legitimación Activa de la acción de lesividad.	62

3.6. Legitimación Pasiva de la acción de lesividad. _____	63
3.7. Plazo para el planteamiento de la acción de lesividad. _____	64
3.8. Proceso de la Acción de Lesividad. _____	65
3.9. La lesividad como acción o recurso. _____	69
Conclusiones _____	70
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES _____	73
BIBLIOGRAFIA _____	79

RESUMEN

No todo acto administrativo es perfecto, puede adolecer de errores que lo vuelven nulo, anulable o revocable; la revocabilidad no queda a discreción de la administración. Revocar un acto puede acarrear perjuicios a los beneficiarios del mismo; quien decide si el acto administrativo, anulable, es o no lesivo al interés público es el órgano jurisdiccional, ante quien se propone la acción. La acción de lesividad es una excepción a la estabilidad del acto administrativo, fundamentada en su impugnabilidad. La administración es el legitimado activo, demanda un acto propio que lo estima inconveniente al interés público. Lamentablemente, la acción de lesividad no tiene un procedimiento propio; en virtud de ello las circunstancias exigen una reforma normativa.

ABSTRACT

ABSTRACT

Not every administrative act is perfect, it can have mistakes that make it null and void, annulable or revocable; the revocability is not left to the discretion of the administration. Revoking an act can carry prejudice for the beneficiaries; who decides if the administrative annulable act is injurious to the public interest is the jurisdictional organism before whom the action is proposed. The injurious action is an exception to the stability of the administrative act, founded in its impunity. The administration is the legitimate actor, it prosecutes an act that it sees inconvenient to the public interest. Unfortunately, the injurious action doesn't have its own procedures; due to this the circumstances demand a standard reform.



A handwritten signature in black ink, appearing to be 'H. J. D.' or similar, located below the official stamp.

INTRODUCCIÓN

El hombre, por su naturaleza, se caracteriza por ser un ser social, que necesita relacionarse con los demás seres de su especie; ello ha dado origen al Estado como ente superior encargado de mantener el orden en la interrelación con los demás hombres; el Estado se sujeta al predominio de la razón y la justicia, siendo su principal anhelo alcanzar el bien común de sus habitantes y el respeto de los derechos fundamentales.

En el cumplimiento de sus fines el Estado realiza diversas actividades, como manifestaciones de poder, siendo una de ellas el acto administrativo; que se compone de varios elementos y características propias que lo hacen especial. Pero, el acto administrativo al igual que cualquier acto humano, no siempre será perfecto; consecuencia de la imperfección que lo amenaza, se deben dar soluciones que subsanen los defectos, ello ha dado lugar a la nulidad, la anulabilidad y la revocatoria del acto administrativo, cada una sujeta a un trato diferente, con su especificidad de aplicación y efectos distintos.

La revocabilidad como medio de solución de actos administrativos imperfectos, se puede aplicar, por ejemplo, cuando el acto resulta inconveniente al interés general de los administrados; no obstante, cabe esclarecer que la administración puede revocar un acto, por sí misma, sólo cuando el ordenamiento jurídico, así lo ha permitido. Así, un acto dañino al interés público no puede ser revocado cuando se han generado derechos a favor de terceros; en tal virtud, la administración comparecerá ante el órgano jurisdiccional para demandar la lesividad del acto.

Demandar la lesividad del acto administrativo debe sujetarse a un proceso de singulares características, en el que se han de considerar, entre otras, la declaración de lesividad previa, la decisión de iniciar la acción por parte de la administración, que el demandante es quien se ha beneficiado del acto impugnado, etc.; además, tanto la declaración de lesividad como el inicio de la acción correspondiente, deben estar sujetas a un plazo legal. La resolución a la que se llegue, debe dictarse a través de sentencia judicial. No existe claridad de criterios sobre la lesividad, uno la considera acción y otros recurso, debiendo aclararse de que se trata.

CAPÍTULO I. TEORÍA GENERAL DEL ACTO ADMINISTRATIVO, GENERALIDADES

Introducción

Previo el estudio de la temática del presente capítulo, es indispensable partir de la naturaleza social del hombre, es decir, su integración con los demás seres de su especie; lo que ha dado origen a la existencia del Estado como una institución, inseparable del derecho, desde todo punto de vista. La evolución social del hombre no ha sido tarea fácil, ha tomado su tiempo y sacrificio, empezando por pequeños grupos dominados por la fuerza, hasta llegar al predominio de la razón y la justicia como norte del hombre, el Estado. Al ser el hombre un ser social, necesariamente requiere de un ente superior que se encargue de mantener el orden en la interrelación social; el Estado, que en la procura del orden del conglomerado social, siempre tendrá como su guía, principio y fin, el bien común de sus miembros; limitado, eso sí, al respeto de los derechos garantizados en la Constitución.

El Estado realiza una serie de actividades, como manifestaciones de poder, a saber actos administrativos, hechos administrativos, entre otras. El acto administrativo como manifestación de voluntad, conocimiento juicio u opinión, para ser válido debe cumplir con determinados elementos; además, se deben distinguir sus características para diferenciarlo de otras figuras, siendo para el tema de análisis, característica de gran trascendencia su estabilidad. El hecho administrativo, como manifestación de poder, también tiene sus especificaciones propias que le distinguen del acto administrativo.

1.1 El Hombre como ser social

El hombre desde su origen ha sido un ser social; por su naturaleza, se trata de un ser humano que no puede vivir aislado, que imperativamente debe compartir con sus semejantes. Visto el ser humano como un ser social, ha dado origen a la formación de distintos grupos sociales, las sociedades. Una especie de sociedad formada por los grupos humanos es el Estado.

El Estado ha evolucionado desde pequeños grupos promiscuos, irresponsables y no solidarios, basados en la fuerza. Primero fue la horda, un grupo social promiscuo, nómada en el que imperaba el más fuerte; el régimen de promiscuidad encontraba fundamento en el hecho de que se quería evitar que extraños formen parte de este grupo; el vínculo de cohesión social era el matriarcado, por el exceso de promiscuidad existente; y, la subsistencia del más fuerte se daba porque el grupo social no era solidario, ni responsable.

Producto de la evolución de la horda, surge el clan, grupo en el que los hombres se ligaban por un vínculo común, tótem, al que tenían por antepasado común, sea éste un árbol, una planta o un animal. A diferencia de la horda, en el clan se desarrolla un sistema de comunicación oral, los actos del líder se legitiman a través de una fuerza superior, la del sacerdote (vínculo hombre-dios), por lo que surge la solidaridad y la responsabilidad del líder para con los miembros del grupo.

Posteriormente, surge la tribu, conformada por la unión de varios clanes, en virtud de la raza, las creencias y costumbres; a diferencia del clan, este grupo social es sedentario, por lo que se origina un vínculo territorial entre sus miembros; y, se da origen a un régimen gubernativo formado por la unión de los jefes de cada clan, “El Consejo”, presidido por uno de los diferentes jefes; en este grupo social, la normativa general se daba por la costumbre.

Después de la tribu, la evolución social del hombre, da origen a la nación como grupo social, que no es sino “un grupo humano unido por vínculos naturales establecidos desde muy remotos tiempos”¹, a saber se trata de un sentimiento de identidad e historia común entre los miembros de un grupo social, que excluye a otros sujetos, que carecen de características similares; a diferencia de la tribu, se trata de un grupo social más cohesionado.

Finalmente, el proceso evolutivo da origen a la formación del Estado, visto éste como una estructura jurídica y política, montada sobre la base natural de la nación; el

¹ NARVÁEZ Ricaurte Luis y NARVÁEZ Rivadeneira Luis, Pensamiento Político, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, I Los Paradigmas del Presidencialismo Constituyente p. 15.

Estado viene a ser una sociedad soberana, jurídica y políticamente organizada en búsqueda del bien común. Dentro de esta concepción, el bien común llega a ser la principal labor del Estado, pues a través de esta figura el Estado cumple con la satisfacción de las necesidades de los individuos que lo conforman.

El tratadista Argentino, Juan Carlos Cassagne, manifiesta que el Estado es una sociedad políticamente organizada, colocando como pilar de su criterio, que no cabe la existencia de una sociedad sin organización política; en virtud de que no puede haber ni sociedad ni orden político por sí solos, sino que forman un compuesto común, para dar lugar al Estado²; en definitiva deja claramente manifestado que entre Estado y Sociedad no cabe ninguna separación real, hoy en día.

La asociación política que se da entre los miembros del conglomerado social, Estado, no pretende si quiera un fin aislado, sino todo lo contrario, busca alcanzar un gran fin específico, la felicidad humana, que deriva en el bien común de la sociedad. Sin embargo, para alcanzar el bien común del grupo social, bajo ningún criterio, esta gran finalidad social, puede derivar en un perjuicio de la condición y dignidad individual de cada integrante del Estado, aisladamente.

De una manera muy concreta, en este sentido, el bien común viene a ser nada más que la ruta a través de la cual se busca satisfacer los intereses del conglomerado social, no sólo de una parte del grupo; sino de la totalidad del núcleo estatal, los administrados. El bien común es de gran importancia en la figura del Estado, a través del mismo se pone un límite al poder del Estado. La totalidad del poder estatal tiene un fin específico, que es la realización de sus objetivos, el interés general como principio y fin del Estado.

Para el cumplimiento de sus funciones, el Estado, bajo las condiciones manifestadas, se encuentra dotado de poder, entendido éste como una "facultad de mando supeditado a la razón". El poder surge como una prerrogativa, por la cual el Estado adquiere grandes privilegios, propios, para imponerse sobre sus miembros y llegar a la consecución de su fin, el bien común.

² CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo Tomo I, 8ª Edición – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, LexisNexis Argentina S.A., Capítulo I, El Estado en el Orden Constitucional y Administrativo (Realidad, Normatividad y Justicia), p. 40.

He manifestado que el Estado, se encuentra dotado de Poder para alcanzar la consecución de su fin, el bien común, no obstante, debo aclarar que el poder Estatal es uno sólo, dividido en Funciones Estatales; en el caso del Ecuador, son las Funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social; pues así establece la Constitución de la República³. Además del poder, el Estado para hacer ejercicio de sus prerrogativas, también se encuentra dotado de personalidad jurídica, en base a lo contemplado por el Art. 9 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE); es así que el Estado adquiere personería, y se vuelve un sujeto apto para ser titular de derechos y obligaciones, responsable por sus actuaciones.

Hablar de una responsabilidad del Estado, da entender que éste órgano debe responder por sus actuaciones a alguien más; la responsabilidad es para con los miembros que lo conforman, es decir, surge una relación Estado-miembros; lo que en el caso de la función administrativa derivaría en la relación, Administración (central, regional, local) - Administrados.

En base a lo expresado, se habla de la existencia de una función administrativa, ello porque el Estado debe realizar varias funciones en el cumplimiento de sus fines, que son las funciones del poder, y una de esas funciones del poder es la función administrativa. Roberto Dromi, al referirse al concepto de Derecho Administrativo, manifiesta: “El derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la administrativa.”⁴. En virtud de lo expuesto, por el tratadista mencionado, queda establecido que el derecho administrativo se limita a una de las funciones del poder, la función administrativa.

La función administrativa tiene como objetivo, la gestión y el servicio en función del interés público, el bien común, a través de actos de administración; dicha función no se limita exclusivamente a ninguna de las Funciones del Estado (Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social), por el contrario, todas y cada una de ellas en el cumplimiento de su fin, el bien común, pueden llegar

³ Constitución de la República del Ecuador, artículo 225, numeral 1.

⁴ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo V Derecho Administrativo, p. 261.

a realizar una función administrativa; sin embargo, la mayor parte de esta función la cumple la Función Ejecutiva.

Roberto Dromi establece que no se concibe “función sin actividad, ni actividad sin fin”⁵, con lo que claramente da a entender que el Estado, por medio de la función administrativa, realiza funciones a través de actividades que tienen un fin concreto, el bien común de los administrados. La manifestación de las funciones administrativas, por las que se pronuncia la administración en el cumplimiento de su fin, son a breves rasgos: el acto administrativo, el reglamento administrativo, la actuación interadministrativa, el hecho administrativo y el contrato administrativo. Para el caso concreto de esta monografía, son importantes de analizar el acto administrativo y el hecho administrativo.

Antes de hacer mención al acto administrativo como manifestación de la función administrativa, es importante establecer: ¿Qué es el bien común; y, cuál es su finalidad? Así, será fácilmente comprensible que el bien común, interés general o interés público es básico en la relación Administración-Administrados.

1.2. El bien común de los Administrados.

Como se ha demostrado hasta el momento, el Estado es un tipo de sociedad, que da lugar a una realidad social específica. Según el criterio de Roberto Dromi, la realidad social es ampliamente variante, según las distintas manifestaciones del género humano, manifestaciones que pueden ser políticas, religiosas, científicas, artísticas, ideológicas, deportivas⁶.

Una sociedad en sí, no es un conjunto de hombres, simplemente, sino un conjunto de hombres con ideales, en búsqueda de un gran fin, su hacer común. En el caso que interesa, el Estado, el eslabón entre los hombres se encuentra dado en la consecución de un fin, el bien común. La relación hombre – sociedad, anhela alcanzar un orden, regulado por la persecución del bien individual y el de la comunidad toda. De ello se

⁵ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo V Derecho Administrativo, p. 261.

⁶ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo II Constitución y Estado, p. 87.

desprende que en esta realidad social, manifestada a través de la figura Estado, éste debe ordenar la sociedad política en pos del bien común.

De la relación individuo - sociedad, surge en el plano político la relación ciudadano – Estado; y, a su vez, de la realidad política se origina la realidad administrativa, presentada a la sociedad a través de las diversas funciones y prestaciones públicas, como el orden por el cual el Estado, debe propender al bien común. De lo manifestado se vislumbra que la realidad administrativa repercute en la Administración Pública.

La finalidad social es un bien, que a criterio de Dromi, no es más que el conjunto de condiciones exteriores, necesarias del conjunto de individuos, para poder desarrollar de forma integral las personalidades individuales, en base a sus distintas cualidades, oficios y deberes; es un bien esencial e instrumental; esencial, porque comprende el desarrollo intelectual, moral y cultural del hombre; e, instrumental porque comprende los bienes materiales necesarios para la subsistencia de los hombres.

Se trata de un fin común, pues no se limita al bien de personas o clases determinadas del grupo social; se busca un bien público, que abarque a todos los miembros del Estado, en base a sus aptitudes y condiciones, ello se sustenta en el principio de igualdad, constitucionalmente establecido⁷, el cual consagra que el ejercicio de los derechos se regirá por el principio de igualdad, a través del cual todas las personas son iguales y deben gozar de los mismos derechos, deberes y oportunidades; que nadie puede ser discriminado por ningún motivo, y menos aún con el objetivo de menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de sus derechos; y, que el Estado debe adoptar las medidas necesarias, para promover la igualdad real de los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad.

El bien es para todos los miembros de la comunidad estatal, en base a sus condiciones, no se puede individualizar a nadie para excluirlo de su derecho, su bienestar; cada miembro se beneficiará en base a su condición. Este bien, además de ser común, es temporal, pues es fácilmente cambiante en el tiempo, hoy una acción

⁷ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 2.

puede ser de interés general y mañana no; por tal motivo a cada Estado le corresponde tener claramente establecido, cuáles objetivos son de interés público.

De lo dicho se establece que el Estado debe cumplir con el conjunto de condiciones exteriores, necesarias para el desarrollo integral de sus miembros, sin exclusión de ninguno de ellos, considerando a la totalidad de la masa social y conjugando las condiciones espacio temporales en las que se encuentre cumpliendo con su rol de complacencia con el grupo social, en miras a alcanzar el interés del conglomerado social. El Estado adquiere prerrogativas que le son propias para el cumplimiento de sus funciones, pero dichas prerrogativas se encuentran limitadas a un fin específico que debe tener como horizonte de la Administración, el bien común de los Administrados.

La Administración en el cumplimiento de sus funciones, bien sean actos administrativos, reglamentos administrativos, actuaciones interadministrativas, hechos administrativos y contratos administrativos, se debe circunscribir al bien común de los administrados; debe limitar sus actuaciones a la conveniencia o utilidad del núcleo social; si hubiere conflicto de intereses, se considerará la prevalencia de la conveniencia de la mayoría de los miembros del grupo social, antes que de una parte de los mismos.

A pesar de lo expuesto hasta ahora, el bien común como norte del Estado en su actuar; trasciende considerar un tema de actualidad, concordante con nuestra Constitución de la República. En efecto, el bien común es un fin del Estado, pero actualmente, su más alto deber es respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución⁸; este principio es importante porque limita el alcance del bien común, impidiendo que a costa del mismo se dé la violación de derechos⁹. El nuevo modelo de Estado, dado por nuestra Constitución, circunscribe al bien común al ejercicio de los derechos, ello en concordancia con lo dispuesto por nuestra Constitución en su Art. 1, que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia¹⁰.

⁸ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 11, numeral 9.

⁹ AVILA Santamaría Ramiro, Caracterización de la Constitución 2008, p. 427.

¹⁰ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 1, inciso primero.

1.3. El Acto Administrativo.

Se ha manifestado ya, que la Administración Pública, en el ejercicio de sus funciones, expresa su voluntad en distintas maneras, que bien pueden ser actos administrativos, actos de simple administración, actos de gobierno, hechos administrativos, contratos administrativos, actos normativos, entre otros. La Administración Pública, en sus distintas manifestaciones de voluntad, siempre debe tener como norte el bien común de los administrados (limitado a los derechos).

En la presente monografía es de interés el acto administrativo, sin embargo, no está por demás diferenciarlo de los actos de simple administración, actos de gobierno, contratos administrativos.

El acto administrativo, trasciende el ámbito de la Administración Pública, sus efectos jurídicos tienen potestad de alcanzar a los administrados; los actos de simple administración se agotan en la esfera interna de la administración pública, no obstante, pueden llegar a afectar a los administrados en virtud de los actos, hechos, reglamentos que en su consecuencia se produzcan; los actos de gobierno, se distinguen por sus finalidades, tienen que ver con la política de manejo, al respecto hay que aclarar que en el Gobierno está el motor, dependiendo de la administración como complemento.

Contrato administrativo, conforme al Art. 75 del ERJAFE, “Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa”. En cuanto al hecho administrativo, se profundizará más adelante, pero se puede mencionar que se trata de la actividad material, ejecutada en ejercicio de la función administrativa, bien sea en cumplimiento de un acto administrativo o no.

El acto administrativo es un acto especial, al ser un tipo de acto jurídico; a criterio de Alessandri Rodríguez, citado por el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, en su obra “Manual de Derecho Administrativo”, un acto jurídico no es sino “la manifestación de voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir un

derecho”¹¹. El Dr. Jaramillo manifiesta que por el ámbito de aplicación el acto jurídico puede ser, entre otros tipos unilateral o bilateral, puro o simple, nominado o innominado, constitutivo o declarativo, solemne o no solemne, principal, accesorio; mientras que por la rama de especialidad puede ser civil, mercantil, laboral, penal, constitucional, procesal, administrativo, entre otros.

En consecuencia, el acto administrativo viene a ser un acto jurídico, se trata de un medio por el cual la administración pública expresa su voluntad, tiene como finalidad el hecho de que se puedan llegar a producir efectos jurídicos. El acto administrativo es una declaración de voluntad, destinada a producir consecuencias jurídicas, es decir que tenga la aptitud para alterar la situación jurídica de alguien, un administrado.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en el Art. 65 da una definición de Acto Administrativo, siguiendo el criterio del tratadista Roberto Dromi, a saber, manifiesta: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”¹². Al respecto debo exponer dos críticas, en primer lugar, si se quiere definir al acto administrativo en un cuerpo normativo con rango de ley, hay que hacerlo en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como cuerpo legal base del Derecho Administrativo sustantivo en el Ecuador, no en el ERJAFE, pues su aplicación se circunscribe a una de las funciones de poder del Estado, la Función Ejecutiva, que no es la única con competencia para promulgar actos administrativos; además de que el ERJAFE ni siquiera goza de la categoría de ley.

En segundo lugar, debo manifestar que el concepto expuesto en el ERJAFE no es desacertado, sin embargo se limita a un tipo de acto administrativo, al acto administrativo negocial. La crítica a este concepto se la realiza siguiendo la línea de la Teoría Italiana del Acto Administrativo, que se refiere al acto administrativo como todo pronunciamiento de la administración apto para producir efectos jurídicos y consecuencias de derecho. Es decir, que el criterio a seguirse para la concepción del acto administrativo hace referencia a un acto terminal, que no es sino el acto

¹¹ JARAMILLO Ordóñez Herman, Manual de Derecho Administrativo, Quinta Edición 2005; Editado por Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, Capítulo VIII El Acto Administrativo, p. 201.

¹² DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo V Derecho Administrativo, p. 263.

administrativo que expresa la voluntad de la Administración Pública, destinada a producir el efecto jurídico deseado.

He manifestado que el concepto de acto administrativo establecido por el ERJAFE hace mención al acto administrativo negocial; que no es sino¹³ la declaración de voluntad dirigida a producir un efecto jurídico, deseado por la administración; por lo que el concepto dado por el ERJAFE es perfectamente equiparable a tal criterio, al manifestar que el acto administrativo se limita a ser una declaración de voluntad de la administración que produce efectos jurídicos de forma directa. Por lo tanto no se puede aceptar el criterio del ERJAFE para conceptuar al acto administrativo, sino que se deben considerar otros parámetros importantes para su conceptualización.

Dentro de la Teoría Italiana, se manifiesta que un acto administrativo, dinámicamente considerado, no puede limitarse a ser visto como una declaración de voluntad, sino como una declaración de voluntad, de conocimiento, de juicio o de razonamiento, formulada por un administrador en ejercicio de una potestad administrativa¹⁴.

En virtud de lo expresado se puede conceptuar al acto administrativo como la declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento y de juicio realizada por un sujeto de la administración pública en ejercicio de la potestad administrativa, caracterizada por ser unilateral y ejecutoria, además de tener aptitud para producir efectos jurídicos.

Como se ha manifestado, la administración pública realiza declaraciones de voluntad, de conocimiento, de opinión, de juicio; una declaración de voluntad se puede observar en el caso de una cesación de funciones; una de conocimiento, cuando la administración pública realiza el registro de hechos o actos sobre los que se otorga autenticidad, bien se trate de la inscripción de un derecho real, de una partida de defunción, etc.; una de opinión o de juicio, cuando se realiza la expedición de un certificado de buena conducta.

¹³ Apuntes internos, Universidad de Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Público, Derecho Administrativo II, p. 45.

¹⁴ Apuntes internos, Universidad de Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Público, Derecho Administrativo II, p. 16.

Al principiar el presente acápite, he manifestado que el acto administrativo es una especie de acto jurídico, sin embargo es importante diferenciarlo del acto jurídico privado; entre otras diferencias existen las siguientes:

- El acto jurídico privado, por regla general, para la modificación de una situación jurídica, depende de un concurso de voluntades, mientras que a través del acto administrativo se puede modificar la situación jurídica de los administrados unilateralmente.
- Por lo general el acto jurídico privado tiene contenido patrimonial, mientras que el acto administrativo lo puede tener, pero siempre debe tener como norte el bien común de los administrados.
- En el acto jurídico privado juega un papel importante la autonomía de la voluntad, mientras que el acto administrativo se debe sujetar lo que la ley ordene o permita.
- En cuanto a la ejecución del acto, el acto jurídico privado para su ejecución debe ser reconocido previamente por un órgano jurisdiccional, para que por medio de éste se haga cumplir la obligación; mientras que el acto administrativo goza del privilegio de ejecución propia.
- El acto jurídico privado no requiere de un procedimiento externo previo para su formación, mientras que el acto administrativo tiene un trámite de formación por medio de actos trámite o iniciales, distintos al presupuesto jurídico, que dan origen a un acto terminal por el cual se expresa la voluntad de la administración.
- El acto jurídico privado produce efectos jurídicos de forma inmediata, mientras que el acto administrativo tiene aptitud para producir efectos jurídicos.

He manifestado que hay que diferenciar entre el acto administrativo negocial, al cual se limita nuestra legislación, y el acto administrativo terminal; no obstante lo he hecho con fines netamente de distinción; pues para el caso concreto de esta monografía, me debo remitir al acto administrativo negocial, establecido en el Art. 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), concordante con la definición dada por Roberto Dromi, y la mayor parte

de la doctrina; pues la acción de lesividad se limita en el caso concreto a la aplicación en la legislación ecuatoriana.

La definición de acto administrativo que trae nuestra legislación, expresa que acto administrativo “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”, de esta definición se desprenden algunas características, a criterio de Roberto Dromi, son: 1. Una declaración, 2. Unilateral, 3. Efectuada en ejercicio de la función administrativa, 4. Que produce efectos jurídicos, a. individuales, b. de forma directa; así sería:

1. Declaración: siendo una exteriorización intelectual, que se transmite a través del lenguaje hablado o escrito; la voluntad declarada viene a ser el resultado jurídico objetivo, que emana de la Administración; es decir que por medio de la declaración se exterioriza la decisión, que sobre un asunto determinado, ha tomado la administración pública. A criterio de Dromi, la declaración puede ser de decisión, dirigido a un querer de la administración, a saber un permiso; de cognición, al certificar un hecho de relevancia jurídica, por ejemplo los registros públicos; o de opinión, al emitir un juicio sobre algo, por ejemplo un certificado de buena conducta.
2. Unilateral: la declaración es proveniente de una sola voluntad, la del Estado; pues la voluntad del administrado no interviene en la decisión que se exprese en el acto en sí, aunque puede intervenir en la preparación del acto; no obstante la voluntad será una, la del Estado o de un ente público no estatal; el administrado podrá realizar peticiones o solicitudes, pero en tal caso, en relación con los actos que no requieren de solicitud o petición, simplemente hay una diferencia en la formación del acto, la solicitud o petición es útil para darle eficacia al acto, pero la voluntad del solicitante o peticionario no integra el acto, no influye en la declaración realizada por la administración; la declaración de voluntad sigue siendo unilateral. Hay ciertos actos, llamados complejos, en los que la voluntad administrativa depende de dos o más órganos administrativos, pero la actuación sigue siendo unilateral, la declaración de voluntad proviene de una sola voluntad, la del Estado. Siempre la decisión será unilateral.
3. Efectuada en ejercicio de la función administrativa: la declaración unilateral de voluntad, expresada en un acto administrativo, es tal porque el órgano que

la expide o de donde proviene se encuentra en ejercicio de la función administrativa; como se ha citado en líneas anteriores, existen distintas funciones del poder, una de ellas es la función administrativa; el acto puede ser proveniente de cualquier órgano estatal en ejercicio de la función administrativa. Dentro de las acciones que se pueden realizar en ejercicio de la función administrativa se consideran: decreto, disposición, orden, resolución, decisión, autorización, permiso, etc.

4. Que produce efectos jurídicos: interesan las declaraciones unilaterales de voluntad, realizadas en ejercicio de la función administrativa, que producen efectos jurídicos, no los que no producen; lo que significa se trata de un acto que crea derechos u obligaciones para las dos partes intervinientes, esto es la administración y los administrados:
 - a. Efectos jurídicos individuales: los efectos jurídicos que se producen son subjetivos, concretos, de alcance individual; los efectos provenientes del acto administrativo no son generales, afectan a alguien en concreto. Sin embargo, aunque no es el campo para tratarlo, es dable aclarar que de la lectura del Art. 436, numeral 4 de la Constitución, se desprende la existencia de actos administrativos de alcance general, originados de nuevas corrientes, provenientes de Alemania; pero bien, la diferencia de estos actos administrativos de alcance general con los de alcance individual radica en que los efectos de los actos de alcance general están destinados a una pluralidad indeterminada de personas; a diferencia del acto administrativo de alcance individual, que afecta a alguien determinado¹⁵.
 - b. De forma directa: los efectos jurídicos del acto administrativo son directos, pues no se sujetan a la emanación de otro acto posterior, surgen de él mismo; por ejemplo una pericia no es un acto administrativo, sino un simple acto preparatorio que da origen a un acto principal, es decir produce efectos jurídicos, pero de manera indirecta.

¹⁵ MARTÍNEZ González Diego, Revista Jurídica Online, Derecho público, Tomo 2, p 555 a 556.

1.4. Elementos del Acto Administrativo.

A criterio de Dromi, existen elementos accidentales (condición, modo, término; que afectan a su eficacia, mas no a su existencia) y esenciales del acto administrativo, para el estudio de esta monografía interesan los elementos esenciales, que son aquellos que dan existencia, validez y eficacia al acto administrativo, a saber: la competencia, el objeto, la voluntad y la forma.

1.4.1. La Competencia

La competencia engloba al conjunto de facultades de las que disponen los distintos entes y órganos en el ejercicio de la función administrativa, facultades y atribuciones establecidas en la Constitución y en la ley. La competencia da validez a la actuación de un órgano. Debe ser ejercida por el órgano al cual se le ha dotado de la misma, salvo delegación, sustitución o avocación. La competencia siempre es expresa, emana de la Constitución o la ley; es improrrogable, el órgano correspondiente se debe limitar a lo establecido en la norma, en pos del interés público; y, además es irrenunciable. Las atribuciones que se confieren a los distintos órganos, son dadas en razón de la materia, del territorio, de los grados y del tiempo.

En razón de la materia, la competencia se refiere a las actividades que legítimamente puede desempeñar el órgano; según la actividad, la materia puede ser consultiva, ejecutiva, deliberativa y de control; además en base a un principio de especialidad, los órganos también cuentan con las facultades necesarias para cumplir con el cometido de su creación. En razón del territorio, la competencia está limitada al espacio dentro del cual es legítima la actuación del órgano en ejercicio de la función administrativa. En razón del tiempo, la competencia se limita a casos en los cuales la actuación del órgano está dada en razón del espacio temporario, no se circunscribe a la permanencia que tiene ésta en el tiempo. En razón de los grados, la competencia se encuentra dada en base a la ocupación que tiene un órgano dentro de la administración, en base al orden jerárquico establecido; lo que significa que en orden de jerarquía, hay órganos de la administración jerárquicamente superiores y otros inferiores, ello deriva en que un órgano inferior no puede hacer lo que al inferior le corresponde, ni viceversa.

1.4.2. El Objeto

Se limita a la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica, valora u opina, es aquello sobre lo que recae la acción correspondiente; el objeto debe ser cierto, claro, preciso, y posible física y jurídicamente; además de requerir ser lícito y determinado; a decir de Dromi, el objeto comprende las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo; las cuestiones que debe contener por el imperio de la ley; y, las formas que la voluntad estatal pueda introducir de forma adicional, como una condición, un término, un modo.

1.4.3. La Voluntad

Se encuentra formada por la voluntad subjetiva, del funcionario a cargo del órgano, y la voluntad objetiva dada por el legislador. La voluntad puede ser expresa o tácita, según el caso; por regla general es expresa, manifestada a través del lenguaje oral u escrito; y, tácita cuando opera el silencio administrativo, donde existe una voluntad presunta de la administración, que surge de su inacción cuando lo que debe hacer es pronunciarse ante una determinada petición, pues tiene establecido un término para manifestarse.

Previo a la emisión de la voluntad administrativa deben, concurrir ciertos requisitos anteriores para su formación, a saber, Dromi manifiesta que según cada caso, pueden ser, entre otros: Finalidad, Razonabilidad, Debido proceso, Ausencia de error, dolo y violencia, Autorización y Aprobación¹⁶. En el caso de la voluntad de un órgano colegiado (formado por varios órganos-individuos), además de los requisitos manifestados, son importantes otros, que en el presente trabajo no son temas de trascendencia, por los que no se los trata.

En cuanto a la Finalidad, se debe dejar claramente manifestado, que la finalidad se encuentra limitada por la norma, en donde se encuentra la finalidad legal de un acto, que debe sujetarse al fin que la ley se propuso para la emisión de un acto, que el acto

¹⁶ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo VI Acto Administrativo, p. 369-372.

no derive en una desviación de poder, con intenciones de perjudicar o beneficiar a alguien o a la propia administración; tal actuar se encontrará fuera del bien común de los administrados.

Sobre la Razonabilidad, los funcionarios en la emisión de un acto, deben valorar cada circunstancia de hecho con el derecho, guardando proporcionalidad con el fin perseguido. Una resolución tomada debe ser coherente con la motivación que tuvo, no cabe una motivación establecida, que derive en una resolución totalmente aislada a la misma. La razonabilidad se limita a los principios generales del derecho administrativo, a la finalidad que justificó la existencia de una norma; la falta de razonabilidad degenera en un acto arbitrario.

Debido Proceso; se debe dar al administrado la posibilidad de presentar, de producir prueba, debe tener el administrado la oportunidad de defenderse; para la emisión de ciertos actos, resultarían necesarios estudios, dictámenes previos, para no correr el riesgo de lesionar intereses subjetivos de los administrados.

El acto administrativo debe ser libre de error, violencia o dolo; puede presentarse error cuando un funcionario administrativo pensó que en concreto realizaba un acto determinado, cuando en realidad era otro, por ejemplo indultar a alguien que en realidad no se quería, sino a otro; en tal caso la voluntad de la administración se vería excluida del acto; en cuanto al Dolo y la violencia, Dromi manifiesta que son raros, pero en tal caso se vuelven aplicables los principios del derecho privado. Se puede presentar dolo en un acuerdo entre el funcionario y el administrado para la expedición de un acto; y, también puede darse violencia sobre el administrado como sobre el funcionario, para que un acto pueda producir ciertos efectos; sin embargo en cualquiera de los tres casos un acto estaría viciado.

Hay actos, que para su eficacia, como una forma de control preventivo, pueden requerir de autorización de otro órgano para cuyo otorgamiento, pero en todo caso la autorización debe ser anterior al acto, nunca posterior, sino se trataría de un acto viciado. También, determinados actos para su ejecución y eficacia requieren de aprobación de otros órganos, si bien se trata de actos ya formados, la producción de

sus efectos se sujeta a aprobación; y si es ejecutado sin tal aprobación, el acto se encuentra viciado.

1.4.4. La Forma

Hace referencia a la manera por la cual se da a conocer el acto administrativo, es decir, como se exterioriza la voluntad de la administración; el acto se puede dar a conocer de manera oral, escrita, o por signos. Al ser el acto expresado por escrito, éste debe contener lugar y fecha de emisión, la mención del órgano y entidad de que emana, la expresión clara y precisa de la voluntad administrativa, la individualización y firma del agente; en el caso de órganos colegiados, se realiza un acta de sesión con el tiempo y lugar de sesión, los asistentes, los principales puntos de deliberación y la forma y resultado de votación.

En cuanto a la forma oral, ésta cabe excepcionalmente, por urgencia o imposibilidad de hacerlo por escrito, cuando se trate de un acto agotado y cuyo registro ya no sea razonable, cuando se trate de una orden de servicio referente a cuestiones ordinarias y rutina, o cuando la voluntad pública se exprese por signos. Se puede expresar la voluntad por signos, pero estos signos han de ser convencionales, pueden ser señales acústicas, lumínicas, mímicas, entre otras.

1.4.5. La Motivación

Se limita a los presupuestos o razones del acto administrativo, ¿el por qué del mismo?; para el caso son importantes las motivaciones de hecho y de derecho, que dan origen al acto, para que de este modo, su sentido sea claro; es esencial que la motivación se encuentre en la formación del acto administrativo, y debe ser concomitante a éste. No se puede concebir que un acto administrativo sea carente de motivación, ello daría lugar a que éste adolezca de vicios; pues dentro de la motivación se encuentra la intencionalidad administrativa. La motivación aclara la recta interpretación del acto, dando luz a su sentido; siempre fundamentada en hechos ciertos y existentes como base; de éste modo el administrado puede conocer, efectivamente, los antecedentes y razones del acto.

La motivación del acto administrativo, además se encuentra sustentada constitucional y legalmente, a saber:

Art. 76 de la Constitución Ecuatoriana, establece: “En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”

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

De la lectura de los precedentes artículos, es fácilmente determinable que un acto administrativo carente de motivación es nulo, de ahí la gran importancia de la motivación de un acto administrativo, pues en la misma se encuentra el sentido del actuar de la Administración, cuál fue su móvil para tal proceder; en definitiva es claro que un proceder es conforme a derecho, legítimo, y cumple con un objetivo primordial, la búsqueda del bien común de los administrados.

1.4.6. La Notificación

Siendo la concepción legal de acto administrativo de nuestra legislación acorde con la concepción de Roberto Dromi, es lógico que se siga su enfoque para el estudio del mismo; para quien la notificación es un elemento que forma parte del acto, manifiesta que si el acto no ha sido notificado no produce efectos jurídicos

inmediatos, no es acto administrativo¹⁷; la notificación del acto se enfoca en que el interesado debe tener conocimiento del mismo, de este modo el acto adquiere eficacia, de ahí la importancia de que el afectado por un acto administrativo lo conozca. A través de la notificación se conseguirán los efectos jurídicos plenos de los actos comunicados. En definitiva se trata de que el acto administrativo llegue a conocimiento del interesado o afectado de alguna manera, sea una notificación en casilla, en el domicilio, acceso al expediente, etc.

Se trata de una garantía básica del debido proceso, el derecho a la defensa, consagrado constitucionalmente entre los derechos de protección; pues bajo ningún concepto se puede dejar sin posibilidad de defensa a alguien; quien se encuentre afectado por un acto de la administración, debe tener la posibilidad de prestar los argumentos de los que se crea asistido para refutarlo, para lo cual requiere del tiempo y los medios adecuados para la defensa; y sobre todo estar en igualdad de condiciones ante el poderoso ente estatal. Además, en la notificación de un acto se considera que se hará conocer al interesado la motivación del acto, bien coincida o no ésta con la declaración realizada por el ente administrativo.

1.5. Características.

Entre las características del acto administrativo, Dromi habla de cinco esencialmente, la legitimidad, la ejecutividad, la ejecutoriedad, la estabilidad y la impugnabilidad del acto administrativo; siendo de las características más importantes para el caso de estudio la legitimidad, la estabilidad y la impugnabilidad del acto administrativo.

1.5.1. Legitimidad

El Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva establece: “Los actos administrativos se presumen legítimos y...”. Al respecto, no se trata de una legitimidad como tal, sino de una presunción de legitimidad. Herman Jaramillo manifiesta que el acto es legítimo cuando se presume

¹⁷ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo VI Acto Administrativo, p. 378.

que proviene de autoridad competente del sector público¹⁸, sustentado en el principio de que todas las autoridades dotadas del poder estatal deben obrar bajo el estricto cumplimiento de los requisitos de fondo y de forma que requieren los actos y procedimientos jurídicos para su perfección; además del empleo de la diligencia del caso. El Estado goza del privilegio de que todo lo que de éste provenga, sea legítimo; ello significa que el acto será legítimo, mientras su nulidad no haya sido declarada por autoridad competente.

Para que un acto sea legítimo, debe ser legal, válido, regular. De ser el caso, si algún interesado, administrado, se encuentra en disconformidad con un acto administrativo promulgado, por verlo a éste, como ilegítimo, tal ilegitimidad debe ser alegada y probada; pues la presunción de legitimidad del acto administrativo, lo hace ver como legal, en armonía con el ordenamiento jurídico.

Pues, un acto administrativo para ser tal, se presume legítimo, acorde con el ordenamiento jurídico, sin embargo, tal legitimidad, sí se puede desvirtuar en un momento dado, por lo que la presunción es transitoria, no definitiva. Tachar como ilegítimo un acto, implica que la ilegitimidad alegada debe ser probada; pero, al respecto es dable aclarar que la ilegitimidad, sólo se puede plantear sobre actos anulables, no sobre actos inexistentes o nulos absolutamente.

Por el mismo hecho de que el acto administrativo se presume legítimo, en concordancia con el Artículo 68 del ERJAFE, no se puede revocar o sustituir un acto en la misma vía administrativa, la administración no puede invalidar por sí mismo, algo que se presume, está bien, es legítimo.

1.5.2. Ejecutividad

Hace referencia a la eficacia del acto, con presidencia de que suceda o no, es decir, que al gozar de tal característica, el acto tiene aptitud para ser ejecutado; resalta la fuerza obligatoria, el deber de cumplir con el acto. Para que el acto pueda gozar de la ejecutividad, se debe haber cumplido con su regularidad (elementos esenciales) y su

¹⁸ JARAMILLO Ordóñez Herman, Manual de Derecho Administrativo, Quinta Edición 2005; Editado por Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, Capítulo VIII El Acto Administrativo, p. 202.

notificación al interesado (administrado), es decir, el acto es válido y eficaz. El acto tiene la aptitud para que su cumplimiento sea obligatorio, pudiendo ser ejecutado por el administrado o la misma administración, a través de la coerción. Se trata de un carácter de exigibilidad del acto, por haber cumplido con los requisitos de existencia del acto¹⁹.

1.5.3. Ejecutoriedad

Para empezar, es prudente manifestar que los actos administrativos, por imperativo legal, gozan de la característica de ser ejecutorios, así lo establece el Art. 68 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, cuando establece: “Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten...; es decir, que una vez verificada la validez y eficacia del acto administrativo, éste debe cumplirse. Al estar dotados de poder los órganos de la administración pública, se encuentran con todas las facultades para exigir el cumplimiento de un acto eficaz y válido, a través de la coerción, sin necesidad de acudir a la función judicial; ello genera un privilegio de ejecución propia de la administración. Por obvias razones, como se ha manifestado ya, la ejecutoriedad recae sobre actos válidos y eficaces, que se presumen legítimos y además gozan de ejecutividad. Previo a la ejecutoriedad del acto, se debe haber cumplido con la notificación del mismo, para que el administrado no se encuentre privado de su derecho constitucional a la defensa; una vez practicada la notificación, el acto puede ser ejecutado por el mismo administrado o por la administración, a través del uso de diversos medios; lo contrario, la ejecutoriedad anterior a la notificación sería absolutamente arbitrario e inconstitucional.

En cuanto a la ejecutoriedad, además, debo manifestar que ésta tiene cabida cuando el acto es posible física y jurídicamente²⁰, es decir que no atente contra el ordenamiento jurídico vigente, la moral y el orden público del lugar; y, que tenga aplicación sobre algo existente o que pudiese existir para que surta efectos el acto. He manifestado que el acto legítimo y con ejecutividad, se vuelve ejecutorio, incluso por

¹⁹ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo VI Acto Administrativo, p. 385.

²⁰ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo VI Acto Administrativo, p. 387.

medio de la coerción de la administración; sin embargo, el administrado si se siente perjudicado por la ejecutoriedad no cae en un estado de indefensión, sus derechos y su seguridad están protegidos, pues se encuentra en la facultad de solicitar la suspensión del acto administrativo lesivo a sus intereses, a través del órgano jurisdiccional, además de poder plantear una acción constitucional de protección, si sus garantías constitucionales se ven vulneradas, ello a través de una vía más rápida y expedita, en concordancia con lo manifestado por los artículos 86, 87 y 88 de la Constitución de la República.

1.5.4. Estabilidad

La razón de ser de la estabilidad de los actos administrativos se sustenta en la seguridad jurídica, además de ser ésta una especial garantía en beneficio de los administrados. La estabilidad de la que gozan los actos administrativos, recae sobre los actos regulares, es decir, sobre actos administrativos anulables, no sobre actos inexistentes o absolutamente inválidos, pues no sería dable que se brinde protección jurídica a algo ilegítimo en su totalidad. Se desprende de lo manifestado, que la estabilidad no se refiere a una irrevocabilidad absoluta, sino sobre irrevocabilidad de actos anulables, que sí gozan de estabilidad, y sobre los cuales la administración, por sí misma no puede invalidarlos; sino necesita requerir de la administración de justicia, para que se encargue de revocar un acto propio de la administración pública, que no se encuentra capacitada para invalidarlo por sí misma.

Dromi, entre otros requisitos²¹ para la estabilidad de un acto administrativo, manifiesta que el acto debe: 1. Declarar derechos subjetivos; es decir, una situación jurídica particularizada, que se dé en beneficio de un administrado; es decir sobre un acto que vaya en favor de alguien, reconociendo o declarando derechos subjetivos en su favor; 2. Ser notificado; es decir, que el acto haya llegado a conocimiento del administrado, produciéndose así su perfección, que lo vuelve válido y eficaz, para producir efectos jurídicos; y, 3. Ser Regular; es decir, actos válidos y anulables, que tengan los elementos necesarios: competencia, objeto, voluntad y forma.

²¹ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo VI Acto Administrativo, p. 395.

En razón de la seguridad jurídica, proveniente de la estabilidad del acto administrativo, surge la acción de lesividad, excepción a de la estabilidad de los actos administrativos, como una acción de carácter judicial, por la cual el órgano jurisdiccional, le da revocando un acto administrativo, anulable, a la administración pública, que ella no puede dejarlo sin efecto por sí misma; esto, tras la declaración previa del órgano administrativo del cual emanó, como lesivo para el interés público. Pues, la revocatoria de un acto, en principio irrevocable, tiene sentido cuando el acto administrativo, declara un derecho ilegal, lesivo a los intereses del resto de los administrados, en beneficio de un particular²².

El sustento legal de la acción de lesividad se encuentra fundamentado, básicamente en dos cuerpos normativos, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Código Orgánico de la Función Judicial:

- Art. 23, literal d de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, contempla: “Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo.”.
- Art. 217, numeral 11 del Código Orgánico de la Función Judicial, contempla: “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;”.

1.5.5. Impugnabilidad

Herman Jaramillo Ordóñez, mira a la impugnación como una oposición, refutación, contradicción de un acto administrativo, que lesiona derechos subjetivos de personas

²² DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo VI Acto Administrativo, p. 397.

naturales o jurídicas, violentando disposiciones legales o reglamentarias²³. Manifiesta que el objetivo de la impugnación es la revisión del obrar administrativo, en su propia sede, para encausarlo en el marco jurídico y reparar el derecho vulnerado. Sobre esto último hay que aclarar que no sólo existen los recursos administrativos, sino también los jurisdiccionales; y la revisión es uno de los recursos administrativos.

Al ser considerado el acto administrativo, productor de efectos jurídicos directos, dentro de nuestra legislación, siguiendo el concepto de Dromi, existen instancias de impugnación del acto administrativo, tanto en sede administrativa como jurisdiccional; ello fundamentado en el derecho a la defensa que tienen los administrados, quienes de una manera u otra son la parte débil de la relación, debiendo sujetarse al poder; en virtud de lo cual, existe la impugnabilidad del acto administrativo, para evitar la arbitrariedad.

Sobre el derecho a la defensa, el Art. 76 de la Constitución de la República, establece: “En todo proceso en que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa- h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra- m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

En base a lo manifestado, es claro que nadie puede quedar en estado de indefensión, bajo ninguna circunstancia, menos aún en un Estado Constitucional de Derechos como el Ecuador, que además garantiza en su marco constitucional, tres tipos de garantías constitucionales: Las Garantías Normativas; La Políticas Públicas, Servicios Públicos y Participación Ciudadana; y, las Garantías Jurisdiccionales. La

²³ JARAMILLO Ordóñez Herman, Manual de Derecho Administrativo, Quinta Edición 2005; Editado por Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, Capítulo VIII El Acto Administrativo, p. 212.

finalidad de estas garantías constitucionales es el que nadie pueda vulnerar los derechos, los valores, establecidos constitucionalmente, como fundamentales para las personas, colocando un freno en muchos aspectos, tanto a los órganos del Estado como a los ciudadanos.

La Constitución, además de dejar claramente consagrado el derecho a la defensa, es muy clara y específica al consagrar la impugnabilidad de los actos administrativos, cuando dispone: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”²⁴.

Con lo visto hasta el momento, es claro que un acto administrativo es productor de efectos jurídicos, razón por la cual los administrados no pueden quedar vulnerables ante cualquier arbitrariedad de la administración pública, teniendo acceso al derecho de defensa, para impugnar un acto administrativo lesivo ante el propio órgano administrativo, como ante el órgano jurisdiccional.

En la obra de Dromi se manifiesta que es necesario el agotamiento de la vía administrativa para el inicio de una acción judicial, en base a lo que establece la legislación argentina; no obstante, como se podrá observar más adelante, en las disposiciones legales pertinentes, en nuestra legislación la situación es radicalmente distinta, sin que sea necesario el agotamiento de la sede administrativa para la interposición de una acción judicial contra el Estado. Las acciones judiciales de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son los mal llamados recursos de plena jurisdicción o subjetivo y el de anulación u objetivo, consagrados en su Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; además de la Acción de Lesividad, que se la deduce del contexto del Art. 23, literal d) del mismo cuerpo legal.

Sobre la impugnabilidad, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en su Art. 69 contempla: “Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de

²⁴ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 173.

conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa – Ley de Modernización del Estado).- En todo caso quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (competencia dada por la Ley de Modernización del Estado, Art. 38) de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación administrativa previa, la misma que será optativa.”.

En cuanto al agotamiento de la vía administrativa, es importante recalcar lo que manifiesta la Ley de Modernización del Estado en su Art. 38, inciso segundo, que establece: “No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra el Estado y demás entidades del sector público el agotamiento o reclamo en la vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado.”.

Tras lo manifestado, bajo ninguna circunstancia, un administrado puede quedar en estado de indefensión ante un acto administrativo, que lo considere arbitrario; empezando por la columna vertebral del Estado, se encuentra dotado de facultades para impugnar un acto lesivo a sus intereses; es decir, puede acceder tanto a los órganos jurisdiccionales como administrativos para reclamar, contradecir por un acto productor de efectos jurídicos que lo perjudique.

1.6. El Hecho Administrativo.

El Art. 78 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, establece: “El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo.”.

Dromi da exactamente la misma definición de hecho administrativo, omitiendo únicamente la última parte: “ya sea que medie o no una decisión de acto

administrativo previo.”²⁵; misma a la que la considera después; es decir, que en nuestra legislación, al igual que en el acto administrativo, el hecho administrativo se enmarca en la definición dada por Dromi; motivo por el que me guiaré en el análisis realizado por este tratadista.

Se trata de un hecho jurídico, pues es un hecho productor de efectos jurídicos, así lo manifiesta Herman Jaramillo Ordóñez, al expresar que el hecho jurídico es el suceso externo vinculado con el derecho que produce consecuencias jurídicas como crear, extinguir, modificar, reconocer derechos y obligaciones²⁶; al ser el hecho administrativo toda actividad material, actuación física ejecutada en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos...; evidentemente, el hecho administrativo, con el objetivo de modificar una situación jurídica, es una especie de hecho jurídico. Sobre el hecho jurídico, debo manifestar que no necesariamente es el realizado voluntariamente por el hombre, pues existen hechos que no dependen de su voluntad, sino de factores externos y pueden modificar una situación jurídica, a saber un desastre natural como un terremoto.

Ahora bien, de lo visto hasta el momento, tanto el acto administrativo, cuanto el hecho administrativo son similares en algo, son productores de efectos jurídicos; pero se diferencian, básicamente, en que el acto es una declaración material de voluntad, conocimiento, juicio o razonamiento, es decir una actividad netamente intelectual, una declaración; mientras que el hecho se traduce en una actividad netamente material, que incluso puede ser consecuencia de un acto administrativo, en el cumplimiento de la ejecución del mismo, o simplemente un hecho aislado; es decir, se exterioriza materialmente algo; pero siempre serán tanto el acto como el hecho, en ejercicio de la función administrativa.

El hecho administrativo, a diferencia del acto, no impone deberes a los administrados, sino genera responsabilidades como consecuencia de la realización del mismo, a diferencia del acto administrativo, éste carece de presunción de legitimidad. El acto administrativo es susceptible de anulación, al no cumplir con

²⁵ DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006, Capítulo VII Hecho Administrativo, p. 431.

²⁶ JARAMILLO Ordóñez Herman, Manual de Derecho Administrativo, Quinta Edición 2005; Editado por Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja, Capítulo XI El Hecho Administrativo, p. 223.

todos sus requisitos, como la falta de uno de sus elementos, mientras que el hecho sólo puede desencadenar en una responsabilidad a cargo de la Administración Pública.

El hecho administrativo, también tiene un régimen jurídico propio, así en nuestra legislación se contempla su impugnación en el Art. 79 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, el cual dispone que las personas afectadas por hechos administrativos, deben denunciar o presentar el reclamo respectivo ante la autoridad correspondiente; y, que ante la negativa del reclamo, el afectado puede impugnar la decisión en sede administrativa o jurisdiccional. En base a lo establecido en el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, el Tribunal competente para conocer sobre la impugnación de un hecho administrativo, en vía jurisdiccional, es el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o el Tribunal Distrital de lo Fiscal, según el caso.

El inciso segundo del Art. 79 del mismo cuerpo normativo, el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, manifiesta que si se vulnera una garantía constitucional, el afectado puede impugnar en la forma prevista en la Constitución, lo cual para mí, actualmente, ya no es indispensable que se le mencione, pues el ejercicio de las garantías constitucionales, prevalecen ante todo, cuando se da la violación de los derechos; desde mi óptica, si existiera la vulneración de un derecho constitucional, yo haría uso del ejercicio de una garantía constitucional, por tratarse de una vía más expedita, menos formal, más proteccionista de los derechos fundamentales del hombre.

Conclusiones

La evolución social del hombre ha transitado por un duro trecho hasta dar lugar al origen del Estado, como una sociedad jurídica y políticamente organizada en búsqueda del bien común de los hombres. Una vez alcanzada la gran institución del Estado, éste se ha dotado de poder, como medio de imposición sobre sus miembros, para poder cumplir con sus objetivos en beneficio de los mismos. El poder se encuentra dividido en funciones, siendo una de ellas la función administrativa, regulada por el derecho administrativo.

Los órganos del Estado, como manifestaciones de poder y en cumplimiento de sus funciones, realizan una serie de actividades, entre ellas actos administrativos y hechos administrativos, gozando cada una de estas actividades de características que los distinguen. El acto administrativo, en base a nuestra normativa “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”; sin embargo tal definición se asimila más a la de una especie de acto administrativo, el negocial, no el terminal; que desde el punto de vista de la teoría italiana, sería una declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento y de juicio realizada por un sujeto de la administración pública en ejercicio de la potestad administrativa, caracterizada por ser unilateral y ejecutoria, además de tener aptitud para producir efectos jurídicos.

Pero, para el tema de análisis es importante fundarnos en el criterio legal. Desde esa óptica, los elementos esenciales del acto administrativo son la competencia, el objeto, la voluntad, la forma, la motivación y la notificación del acto administrativo; si uno de estos elementos faltase, el acto es nulo. Entre las características del acto administrativo se encuentran su presunción de legitimidad, su ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad e impugnabilidad; siendo de gran importancia, en el presente trabajo su impugnabilidad y estabilidad.

La impugnabilidad del acto permite acceder a los administrados, tanto ante el órgano emisor del acto como al órgano jurisdiccional, para plantear reclamo, si sus derechos se ven vulnerados; éste privilegio, mejor dicho derecho, se encuentra claramente consagrado en la Constitución de la República, con la finalidad de que ninguna persona se encuentre en estado de indefensión ante la vulneración de un derecho. Para la impugnación de un acto administrativo en vía judicial, existen los mal llamados recurso subjetivo o de plena jurisdicción y recurso objetivo o de anulación, pues se trata de acciones judiciales.

En cuanto a la impugnabilidad y estabilidad del acto administrativo, un acto administrativo regular es estable; pero a su vez es susceptible de anulación, es decir, que todo acto administrativo regular es estable, pero si la administración pública considera que ha lesionado el interés público, ha cometido una ilegalidad, ha

perjudicado al conglomerado social en beneficio de un administrado o de la administración misma; ésta se encuentra dotada de una herramienta válida para dejar sin efecto un acto propio, que no lo puede invalidar por sí misma; la herramienta que permite tal proceder, es acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo para que le dé dejando sin efecto el acto lesivo.

La administración pública no puede dejar sin efecto un acto propio, por sí misma por una sola razón, evitar la arbitrariedad, dando el valor jurídico necesario a la seguridad jurídica brindada por el Estado. En virtud de la seguridad jurídica, la administración pública, debe plantear una Acción de Lesividad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que éste deje sin efecto el acto administrativo declarado lesivo. La acción de lesividad tiene sustento en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Código Orgánico de la Función Judicial.

El hecho administrativo se diferencia del acto administrativo, en que el acto administrativo representa una actividad intelectual, tratándose de una declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento y de juicio; mientras que el hecho administrativo representa una actividad material, pues este último es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, medie o no una decisión de acto administrativo previo. Sin embargo, tanto el acto como el hecho administrativo, gozan de similitudes, ambos se dan en cumplimiento de la función administrativa, además de generar efectos jurídicos, modificando una situación jurídica dada. Al respecto, un hecho administrativo, se puede dar como una actividad material en sí mismo o en cumplimiento de un acto administrativo.

CAPÍTULO II. NULIDAD Y REVOCATORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Introducción

El acto administrativo configura una manifestación de poder de la Administración Pública; al igual que cualquier actuar humano, no siempre es perfecto, es susceptible de adolecer de defectos. El Estado como persona jurídica de derecho público actúa a través de sus representantes, personas naturales, por lo que se debe dar soluciones a las imperfecciones que surgen de la actuación administrativa. Para los errores que nacen del actuar de la administración existen tratamientos distintos que subsanan o invalidan al acto correspondiente. Se debe distinguir el alcance de los términos nulidad, anulabilidad y revocación; y, considerar su campo de aplicabilidad en el derecho administrativo, en el presente caso, de manera concreta al acto administrativo. La nulidad, la anulabilidad y la revocación, cada una tiene un tratamiento distinto, genera efectos distintos y sirven para dar salida a diferentes errores cometidos por los representantes de la Administración Pública. El bien común y el respeto de los derechos, juegan un papel importante en la búsqueda de solución a los errores.

2.1. La Nulidad.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española manifiesta que Nulidad, no es sino la cualidad de nulo²⁷; al respecto, la misma obra especifica al adjetivo nulo como: “Falto de valor y fuerza para obligar o tener efecto, por ser contrario a las leyes, o por carecer de las solemnidades que se requieren en la sustancia o en el modo.”²⁸. Siguiendo el esquema planteado por el Diccionario de la lengua española, se entiende por nulidad aquello que es ineficaz, incapaz y carente de fuerza para tener efecto alguno.

²⁷ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 7, Real Academia Española, 2001, p. 1082.

²⁸ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 7, Real Academia Española, 2001, p. 1082.

El Diccionario Jurídico Anbar define a la nulidad con el siguiente criterio: “Ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma...”²⁹; y, “vicio de que adolece un acto jurídico si se ha realizado con violación u omisión de ciertas formas o requisitos indispensables para considerarlo como válido, por lo cual la nulidad se considera ínsita en el mismo acto, sin necesidad de que se haya declarado o juzgado.”³⁰.

El Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas, se refiere a la nulidad con expresiones como las siguientes: “Carencia de valor” y “Falta de eficacia”³¹; además describe que la nulidad en su apreciación técnica, constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que produce a ese acto la producción de sus efectos³². En definitiva, al referirse al término “nulidad”, hay que hacerlo entendiendo por este aquel que es incapaz de producir efecto alguno, que se encuentra carente de eficacia, por alguna causa en especial que lo vicia, impidiendo que el acto en sí cumpla con su finalidad.

Siendo el acto administrativo un acto jurídico, es importante tomar las consideraciones necesarias al respecto sobre la nulidad de los actos jurídicos, por lo que se debe partir de los parámetros necesarios que se establecen en el Código Civil, cuerpo legal que en su Libro IV, Título XX, Art. 1697 dispone: “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.”. Dentro del mismo cuerpo legal, el contexto del Art. 1698 da a entender que la nulidad absoluta tiene lugar cuando existe objeto o causa ilícitos; y, cuando se ha omitido algún requisito o formalidad para un acto o contrato, en especial; manifestando que cualquier otro vicio produce nulidad relativa.

²⁹ Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana, Primera Edición, fondo de cultura ecuatoriana 1998, Tomo IV, p. 453.

³⁰ Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana, Primera Edición, fondo de cultura ecuatoriana 1998, Tomo IV, p. 453.

³¹ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., 18ª Edición, Tomo V, p. 587.

³² CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., 18ª Edición, Tomo V, p. 587.

Guillermo Cabanellas se refiere a la nulidad relativa expresando, que en el fondo no es sino la anulabilidad; que sus efectos no son substanciales en absoluto³³. Juan Carlos Cassagne, para aclarar el distinto tratamiento entre un acto nulo y un acto anulable, expone que el acto es nulo “porque adolece de una falla rígida determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los casos”; mientras que es anulable cuando la causal de invalidez es fluida indeterminada, variable e intrínsecamente dependiente de apreciación judicial³⁴.

Entre otras diferencias sobre la nulidad y la anulabilidad, constan aspectos tales como su declaratoria; la nulidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte, puede ser solicitada por quien estime tener interés en el acto o contrato, no puede ser solicitada por quien fue el causante de la nulidad; la anulabilidad, en cambio, no opera de oficio sino a petición de parte interesada; si no es solicitada, está latente hasta que se la solicite por una parte interesada, caso contrario, la causal se convalida en virtud del transcurso del tiempo.

De lo manifestado hasta el momento, se puede divisar que la nulidad no es sino la sanción que recae sobre un acto o contrato que adolece de algún vicio o defecto de fondo o de forma; sin embargo, el vicio o defecto de que adolece el acto administrativo, debe tener gran importancia para producir la invalidez del acto; siendo el acto nulo, ineficaz, incapaz de producir efectos jurídicos. La nulidad genera como efecto la retroactividad, es decir que las cosas vuelven a su estado anterior, conforme a lo dispuesto en el Art. 1704 del Código Civil.

La nulidad del acto administrativo, no sólo que puede ser declarada de oficio, sino también puede ser solicitada por cualquier persona y en cualquier tiempo; así lo plantea la jurisprudencia y la doctrina española, fundando su criterio en una sola razón, el orden público, rescatando la importancia de la búsqueda del bien común de los administrados³⁵; es decir, el bienestar social prevalece, y los actos administrativos

³³ CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., 18ª Edición, Tomo V, p. 594.

³⁴ CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo Tomo II, 8ª Edición – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, LexisNexis Argentina S.A., Capítulo III, El Sistema General de la Invalidez Administrativa, ps. 239-240.

³⁵ GARCIA de Enterría Eduardo y RAMON Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas Madrid, Octava Edición 1997, Capítulo XI Los Actos Administrativos (Continuación): Validez e Invalidez. Revocación y Anulación, ps. 609-610.

han de cumplir con las exigencias legales establecidas para dar la importancia debida al bienestar general de los administrados en su totalidad.

Las causales de nulidad del acto administrativo, se hayan contempladas en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; nuestra legislación no contemplan causales de anulabilidad del acto administrativo, pero sí lo hace el ERJAFE en el Art. 95, cuando expone que serán causas de anulabilidad, los actos que incurran en infracciones al ordenamiento jurídico que no se encuentren el Art. 94 del mismo Estatuto, ejemplificando como tales la desviación de poder, la incompetencia por el grado y la falta de una autorización; y, que tales actos se subsanarán a partir de la expedición del acto convalidatorio.

El Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, textualmente manifiesta: “Son causales de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo: a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.”.

El Art. 94 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, expresa textualmente:

“No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho:

- a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo;
- b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y,
- c) Aquellos actos cuyos presupuestos básicos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.

Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.”.

Para el desarrollo de las causales de nulidad establecidas, seguiré principalmente, el criterio expuesto por los tratadistas españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su obra “Curso de Derecho Administrativo”; el desarrollo lo hacen en base la legislación de su país, España, sin embargo es útil para entender las causales de nulidad de nuestra legislación, a continuación el desarrollo de las causales:

2.1.1. Actos dictados por órgano incompetente

La incompetencia debe ser vista desde distintos enfoques, según la materia, el territorio, el tiempo y los grados.

La competencia por la materia se establece por la sustancia misma del acto, se encuentra dada por la especialidad propia de la competencia. La competencia por el territorio se otorga para un espacio determinado, el lugar de los efectos del acto se establece en base a la jurisdicción. La competencia por el tiempo se otorga desde un momento dado hasta el momento que la norma lo establece, el órgano tiene un plazo para actuar. La competencia por el grado se sustenta en un principio de jerarquía, se puede acudir ante el superior jerárquico para obtener una respuesta.

La competencia encuentra su sustento en un elemental principio constitucional, la seguridad jurídica. Dota a los distintos órganos de la función administrativa, de las facultades y atribuciones establecidas por la constitución y la ley, facultades estas, a las cuales se deben ceñir los órganos de la administración pública, sin extralimitarse en funciones. Esto se traduce en que la competencia debe ser ejercida por el órgano al cual se le ha dotado de la misma, salvo delegación, sustitución o avocación.

A manera de ejemplo, no cabe la posibilidad que la Municipalidad de Cuenca, a través de su Comisaria de Ornato y Construcciones, conceda un permiso de

construcción en un solar perteneciente al cantón Gualaceo, pues la Municipalidad de Cuenca es incompetente en razón del territorio para tal proceder. Tampoco es dable que un Director de Salud, expida un acto por el cual se remueva a un profesor estatal de su cargo, en virtud de haber incurrido en alguna causal de destitución, la autoridad es incompetente para la expedición de tal acto en virtud de la materia, a quien le toca expedir el acto es al Director de Educación.

Finalmente, siguiendo el esquema de la Ley de Modernización del Estado, en mérito a la obligatoriedad de responder las autoridades dentro del término legal establecido para hacerlo (por regla general, quince días), no se puede consentir que quien gozó de competencia, en un momento determinado, pueda pronunciar su declaración cuando haya perdido competencia por el transcurso del tiempo; así, si alguien solicita que se le conceda un permiso de construcción ante la Comisaría de Ornato y Construcciones de la Municipalidad correspondiente, tal órgano debe contestar al solicitante dentro del término concerniente, pero si no lo hace, y simplemente deja pasar el tiempo sin emitir declaración al respecto, operará la figura del silencio administrativo positivo (según cada caso), aprobando la solicitud. Si el funcionario realiza su declaración después del término respectivo, tal actuar es inválido, el órgano ha perdido su competencia por el paso del tiempo.

En cuanto a la incompetencia por el grado, el Art. 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, dispone que tal incompetencia vuelve al acto anulable, que se convalidará por la autoridad jerárquica superior; criterio similar pero no igual al de Juan Carlos Cassagne, quien sostiene que en principio, un acto viciado por incompetencia en razón del grado genera nulidad relativa; y, que por excepción en el supuesto de que la avocación o delegación no estuvieren permitidas por el ordenamiento jurídico, el vicio o defecto configurará una nulidad absoluta³⁶.

³⁶ CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo Tomo II, 8ª Edición – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, LexisNexis Argentina S.A., Capítulo III, El Sistema General de la Invalidez Administrativa, ps. 287-288.

2.1.2. Actos dictados con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido

La causal de nulidad expuesta en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, ecuatoriana, se enfoca en la omisión o incumplimiento de solemnidades legales que deben ser observadas para dictar una resolución o iniciar un procedimiento; estableciendo que la omisión o incumplimiento genera un gravamen irreparable o influye en una decisión. La doctrina española se refiere al tema como la omisión del procedimiento establecido.

Siguiendo el criterio de Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, se trata de un vicio de capacidad invalidante muy escasa. Se consideran escasamente invalidantes porque deben ser vistos como vicios anulables, mas no como causantes de nulidad en sí, ello porque no cabe considerar a todos los actos administrativos perturbados por un vicio de procedimiento, sino a aquellos que han tenido lugar con la carencia total del procedimiento legalmente establecido³⁷; entendiendo por carencia total, no la ausencia de todo procedimiento (según los doctrinarios siempre habrá algún resaco procedimental por minúsculo que sea en el actuar de los órganos administrativos).

La carencia total de procedimiento se refiere a la falta de un trámite esencial en un procedimiento determinado, sin el cual el acto se vuelve inidentificable, por ejemplo que en la expropiación no se realice la declaración de utilidad pública, la necesidad de ocupación y el pago previo³⁸; es decir, que se puede haber seguido un camino procedimental dado, pero se ha omitido el procedimiento en su esencia para el caso concreto, desdibujando la base, el fundamento del actuar de la administración. La razón de ser de la causal establecida se canaliza en que puede ser que la administración sí haya seguido un procedimiento, pero no el procedimiento concreto que establece la ley para el supuesto determinado.

³⁷ GARCIA de Enterría Eduardo y RAMON Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas Madrid, Octava Edición 1997, Capítulo XI Los Actos Administrativos (Continuación): Validez e Invalidez. Revocación y Anulación, p. 617.

³⁸ GARCIA de Enterría Eduardo y RAMON Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas Madrid, Octava Edición 1997, Capítulo XI Los Actos Administrativos (Continuación): Validez e Invalidez. Revocación y Anulación, p. 618.

El desarrollo de las causales de incompetencia y omisión de procedimiento, realizadas hasta el momento, abarcan lo expuesto por la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (Art. 59) y el numeral uno del Art. 94 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE). Las causales que se analizarán a continuación, en nuestro país se encuentran expuestas en el ERJAFE. Al respecto, sí debo manifestar una crítica y establecer que las causales de nulidad del acto administrativo, en su totalidad deberían encontrarse expuestas en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como cuerpo legal general del derecho administrativo; el ERJAFE es un cuerpo normativo reglamentario que rige para la Función Ejecutiva³⁹.

Es importante recalcar que el ERJAFE al tipificar sanciones, viola el principio de reserva de ley contemplado en la Constitución de la República⁴⁰; y, la nulidad de pleno derecho es una sanción que recae sobre un acto o contrato que adolece de algún vicio o defecto de fondo o de forma. Es atribución del legislador, a través de ley tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes; entonces, no cabe que una norma con carácter reglamentario, como es el caso del Estatuto tipifique causales de nulidad y como consecuencia establezca a la nulidad como una sanción. Desde un punto de vista muy particular, la nulidad de pleno derecho como sanción, se vuelve inaplicable, pero que al momento trata de llenar vacíos de ley.

2.1.3. Actos de Contenido Imposible

Al respecto se considera la imposibilidad desde tres enfoques, la imposibilidad material o física, la imposibilidad de carácter ideal o lógico y la imposibilidad de actos de contenido ambiguo. La legislación española, al igual que la nuestra, trata a la imposibilidad como causal de nulidad del acto; sin embargo a criterio de Eduardo García y Tomás Ramón Fernández⁴¹, se debe tratar de causales de inexistencia. Respecto a este tema, vale exponer el criterio que tiene Juan Carlos Cassagne con respecto a la inexistencia, al manifestar que la misma no hace más que complicar

³⁹ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, Artículo 2.

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador, Artículo 132, numeral 2.

⁴¹ GARCIA de Enterría Eduardo y RAMON Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas Madrid, Octava Edición 1997, Capítulo XI Los Actos Administrativos (Continuación): Validez e Invalidez. Revocación y Anulación, p. 613.

inútilmente la teoría de la invalidez administrativa⁴²; Cassagne expone que la teoría de la inexistencia surgió para solucionar supuestos de matrimonios que no podían ser invalidados, pero tampoco se podían convalidar, la inexistencia se aplicaba para imposibilidades naturales, como el matrimonio entre dos personas del mismo sexo⁴³.

Retomando el tema de la imposibilidad, la imposibilidad física o material debe ser originaria, por ejemplo existe tal imposibilidad al concederse un canal de agua, cuando en realidad tal canal no lleva ni puede llevar agua; o que se produzca la destrucción de un edificio sobre el cual se ordenó su restauración; en ninguno de los dos casos, los actos son físicamente realizables, se vuelven imposibles. Sobre la imposibilidad de carácter ideal o lógico, se plantea que es el caso en el cual la aplicación de un elemento del acto anula el efecto requerido por otro, en tal caso el acto resulta de contenido imposible. Finalmente se plantea la imposibilidad del acto, por ser ambiguo e indeterminable, tal sería el caso del establecimiento de una sanción pecuniaria sin establecer una cuantía⁴⁴.

No se ha considerado la imposibilidad jurídica del acto administrativo, porque como bien han manifestado los tratadistas españoles, la imposibilidad jurídica del acto equivale a la ilegalidad del mismo, lo cual no cabe, no tiene sentido alguno, siendo la presunción de legitimidad uno de los elementos propios del acto administrativo.

2.1.4. Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta

El ERJAFE, incluye entre las causales de nulidad los actos que constituyan delito; a diferencia de lo que plantea la legislación española, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, que con reformas recientes establece como causales de nulidad los actos constitutivos de infracción penal, y aquellos actos dictados como consecuencia de una infracción

⁴² CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo Tomo II, 8ª Edición – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, LexisNexis Argentina S.A., Capítulo III, El Sistema General de la Invalidez Administrativa, p. 269.

⁴³ CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo Tomo II, 8ª Edición – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, LexisNexis Argentina S.A., Capítulo III, El Sistema General de la Invalidez Administrativa, p. 266.

⁴⁴ GARCIA de Enterría Eduardo y RAMON Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas Madrid, Octava Edición 1997, Capítulo XI Los Actos Administrativos (Continuación): Validez e Invalidez. Revocación y Anulación, p. 613.

penal. No obstante, la causal de nuestro ordenamiento se refiere expresamente a la nulidad de aquellos actos constitutivos de delito.

Un ejemplo para el caso podría ser, que el funcionario competente, que actúe a nombre del Ministerio de Salud, autorice venta libre de cigarrillo a menores de diez y ocho años, o que se autorice la prostitución de mujeres menores de diez y ocho años.

2.1.5. Actos cuyos presupuestos básicos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento

Se trata de actos administrativos, que desde todo punto de vista atentan contra garantías básicas del debido proceso, constitucionalmente consagrado en el Art. 76, de la Constitución de la República, pues el numeral 7, literal 1 del mencionado artículo garantiza la motivación. El texto constitucional, en su parte pertinente manifiesta: “...No habrá motivación si en las resoluciones 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...”. Los presupuestos en que se funda un acto administrativo han de estar claramente manifestados para servir de sustento al acto. Es decir, si el presupuesto del acto administrativo no se adecua a la norma legal, simplemente el acto carece de motivación, sin que pueda tener validez jurídica, se vuelve nulo de pleno derecho, desde cualquier óptica que se lo mire.

La causal consagrada en el ERJAFE, desde un punto de vista personal, no requiere estar expuesta, sin embargo aquello que abunda no daña; en el caso concreto, si la causal no estuviera mencionada, por el sólo hecho de atentar contra una garantía constitucional básica del debido proceso, la nulidad del acto se sustentara en el aparato constitucional. Tal sería el caso, si se despide a un funcionario público cuando no ha incurrido en una causal que permita proceder de tal manera, además de no ser un cargo de libre nombramiento y remoción.

2.2. La Revocación.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define a la revocación como la “Acción y efecto de revocar”⁴⁵. Al referirse al término Revocar, lo define en primera acepción, como: “Dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución”⁴⁶. Esto desde el punto de vista general del término.

El Diccionario Jurídico Anbar manifiesta dos acepciones de trascendencia respecto a la Revocación: 1.- “Acción y efecto de revocar”; y, 2.- “Acto jurídico que deja sin efecto otro anterior por la voluntad del otorgante”⁴⁷.

En definitiva la revocación no es nada más que la facultad de la que dispone una persona para dejar sin efecto un acto jurídico anterior, a través de un acto jurídico posterior, que lo invalida. Pero, no basta con decirlo así nada más, sino debe desarrollarse el tema con un poco de detenimiento, como lo haré a continuación.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández se refieren a la revocación en los siguientes términos: “Se entiende por revocación la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario.”⁴⁸.

Todos los actos son revocables, cuando la administración ha sido facultada para actuar de tal manera, es decir, siempre y cuando la ley expresamente lo permita. En el caso concreto del acto administrativo, prima fundamentalmente, el interés público, es éste el que debe llevar a la administración a revocar una acto administrativo; sino está de por medio el interés público, la revocatoria en este caso no sería adecuada.

Teniendo como punto de partida de la revocatoria, el interés público, dos razones la amparan, la revocación por razones de oportunidad y de legalidad. Por razones de legalidad, cabe la revocación de actos administrativos, que se encuentren viciados, pero los vicios deben ser tales, que sean insubsanables, tal sería el caso de ser

⁴⁵ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 9, Real Academia Española, 2001, p. 1337.

⁴⁶ Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 9, Real Academia Española, 2001, p. 1337.

⁴⁷ Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana, Primera Edición, fondo de cultura ecuatoriana 1998, Tomo V, ps. 268-269.

⁴⁸ GARCIA de Enterría Eduardo y RAMON Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas Madrid, Octava Edición 1997, Capítulo XI Los Actos Administrativos (Continuación): Validez e Invalidez. Revocación y Anulación, p. 642.

expedidos por autoridad incompetente, sean actos de objeto ilícito, acto carente de motivación; es decir, en tal caso los actos son nulos, las cosas vuelven a su estado anterior. Por razones de oportunidad, cabe retirar un acto administrativo perfectamente regular, que sin embargo, en un momento dado se vuelve inconveniente, por ser contrario al interés público.

Cuando se revoca un acto administrativo por razones de oportunidad, se está dejando sin efecto un acto regular, que en un momento dado se convirtió en inconveniente al interés público; pero, se debe considerar, al respecto, que no es suficiente dejar sin efecto el acto en sí, sino que se está generando un perjuicio a alguien, pues el acto ha surtido efectos jurídicos y ha declarado derechos a favor de una persona, por lo que en este caso cabe una compensación indemnizatoria a quien se haya perjudicado del actuar de la administración.

En el caso del acto revocatorio, por razones de oportunidad, hay que rescatar ciertas particularidades de sus efectos jurídicos; el acto que se deja sin efecto, no tendría efecto retroactivo, sino generaría consecuencias futuras, por lo que la administración tiene que seguir un debido proceso (*debido proceso, que en nuestra legislación carece de desarrollo y tratamiento específico*) para invalidar el acto administrativo, que se ha vuelto inconveniente; entre otras cosas debe acudir ante el órgano jurisdiccional, para que sea éste el órgano encargado de darle dejando sin efecto el acto originario, ello por motivos de brindar seguridad jurídica a la persona o personas, en beneficio de quien o quienes se haya declarado un derecho.

Los actos administrativos, en sede administrativa, pueden ser revocados por la misma autoridad que emitió el acto, la autoridad jerárquicamente superior o un órgano administrativo externo. La autoridad emisora del acto, puede revocarlo de oficio o a petición de parte, cuando el acto aún no ha sido ejecutado.

La autoridad jerárquicamente superior, puede revocar un acto del inferior, en dos casos: 1.- Cuando la ley establezca que el inferior debe consultar a la autoridad superior, para que sea ésta la que se pronuncie reformando, confirmando o revocando el acto del que se trate; y, 2.- Cuando la ley faculte a la autoridad jerárquicamente

superior a avocar el proceso administrativo, para que sea ésta autoridad la que tome una decisión, como la revocatoria.

La revocatoria por un órgano administrativo externo, tiene lugar cuando se establecen órganos externos a las entidades emisoras de resoluciones administrativas, para que confirmen, reformen o revoquen.

La potestad revocatoria de los actos administrativos no queda a la liberalidad de la administración, se ejercerá tal potestad bajo el cumplimiento de los siguientes requisitos⁴⁹:

- a) Que el acto produzca efectos jurídicos.
- b) Que los efectos del acto hayan sido queridos por la administración y ésta tenga la titularidad actual en la relación que intenta revocar; que tenga competencia.
- c) Que el interés público exija la extinción del acto administrativo, por ser inconveniente e inoportuno.

2.3. Actos Administrativos Revocables.

Todos los actos administrativos son revocables, pero previo el cumplimiento de las exigencias legales; es decir, siempre la misma autoridad emisora del acto puede revocar un acto administrativo por sí misma, cuando la ley expresamente lo permita, y hoy en día, en concordancia con el modelo de Estado constitucional de derechos, cuando el goce de los derechos así lo exigiere. Cuando la administración no se encuentre facultada para dejar sin efecto, por sí misma un acto suyo, debe sujetarse a un debido proceso y acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, para que estime tal cometido. En consecuencia, pueden ser revocados, aquellos actos administrativos sobre los cuales se permita expresamente revocarlos.

⁴⁹ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo I La revocación de los actos administrativos, p. 30.

2.4. Actos Administrativos Irrevocables.

En general, todos los actos administrativos son revocables, siempre y cuando se dé el cumplimiento previo de los requisitos legales. Sin embargo, ciertos actos administrativos, por sus singulares características, no pueden ser revocados, tales actos son:

Actos administrativos provenientes de la facultad discrecional de la administración

La actividad discrecional de la administración, cuando hay tal, no queda a su libre arbitrio; sino que la administración pública se debe sujetar a un punto de partida fundamental, en su actuar, el interés público y los derechos (Estado Constitucional de Derechos, Art. 1 Constitución de la República). El Dr. Patricio Secaira Durango, cita como ejemplo la competencia de las autoridades nominadoras para designar o cesar a los funcionarios de libre nombramiento y remoción; pues la autoridad administrativa si bien no puede revocar el acto de nombramiento, puede dejarlo sin efecto, encontrándose facultada para ello⁵⁰.

El Dr. Secaira, establece que los actos administrativos discrecionales son revocables, cuando emitidos han generado derechos en terceros, siempre que el beneficiario del acto esté de acuerdo⁵¹; y si acaso el beneficiario no consiente la revocatoria, se debe proponer una acción de lesividad ante el órgano jurisdiccional. Respecto a este tema, si bien el Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que los actos administrativos discrecionales no forman parte de dicha jurisdicción, queda sin efecto la presente norma, en base a lo establecido en el Art. 173 de la Carta Constitucional: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”.

⁵⁰ SECAIRA Durango Patricio A., Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito Ecuador 2004, Primera Edición, 19. El Acto Administrativo, p. 195.

⁵¹ SECAIRA Durango Patricio A., Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito Ecuador 2004, Primera Edición, 19. El Acto Administrativo, p. 196.

Actos administrativos certificatorios

Se trata de actos que dan fe de la existencia de un documento o documentos, en un registro público de datos, la certificación es un acto administrativo de efectos inmediatos, remitido a los instrumentos públicos a cargo de la administración; este acto administrativo no puede revocarse, aunque sí se puede invalidar; pero si acaso carece de veracidad, tampoco será susceptible de revocación, aunque sí tendrá connotaciones penales o civiles⁵².

Informes o dictámenes

El informe es una relación circunstanciada o cronológica de hechos, es solamente referencial, no contiene una manifestación de voluntad, sino sólo se refiere a hechos, por lo que no es revocable. El dictamen contiene un juicio de valor, un parecer, una opinión sobre un tema específico, sobre el que se ha consultado; pero es un acto de efectos inmediatos, que una vez emitido un criterio por el órgano consultado, éste pierde competencia para pronunciarse nuevamente, sólo podría recuperar la competencia, siendo consultado nuevamente⁵³.

Autorizaciones o aprobaciones

Pablo Tinajero se refiere a las autorizaciones, aprobaciones, inscripciones como actos administrativos de control, que expresan declaraciones de conocimiento, juicio o razonamiento; manifestando que a través de este tipo de actos se completa el ciclo de eficacia de los actos administrativos; siendo, en consecuencia meros actos administrativos, de carácter irrevocable porque: a) producen efectos instantáneos; b) una vez expedidos, la administración pierde competencia para revocarlos; c) son actos expresamente reglados; y, d) no originan efectos que puedan contrariar el interés público⁵⁴. Patricio Secaira, no obstante, considera que puede ocurrir que una autorización genere perjuicios a otras personas o que les conculque derechos, en tal

⁵² SECAIRA Durango Patricio A., Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito Ecuador 2004, Primera Edición, 19. El Acto Administrativo, p. 196.

⁵³ SECAIRA Durango Patricio A., Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito Ecuador 2004, Primera Edición, 19. El Acto Administrativo, p. 197.

⁵⁴ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo I La revocación de los actos administrativos, p. 33.

caso los perjudicados pueden pedir la revocatoria del acto, que lo buscará la administración a través de la acción de lesividad al no poder dejar sin efecto el acto por sí misma⁵⁵.

Inscripciones en registros

Sucede que una inscripción no es sino la anotación hecha por un funcionario competente, que certifica un hecho jurídico, para que tal hecho sea capaz de generar efectos jurídicos; por lo que la inscripción no puede ser revocada ni alterada, sino debe mantenerse tal como se dio, para dar fe del hecho. Sin embargo, las circunstancias motivadoras del hecho jurídico pueden modificarse o eliminarse de la vida jurídica; ante éste hecho, el servidor público encargado del registro no puede revocar la inscripción realizada, al no ser quien toma la decisión sobre el hecho jurídico inscrito, sino se limita a realizar la inscripción del registro si el mismo cumple con los requisitos necesarios. Si las circunstancias han cambiado, lo que debe hacer la autoridad a cargo del registro, es esperar al particular interesado en la inscripción inicial o una autoridad con capacidad resolutive, que le solicite u ordene la inscripción del nuevo acto modificatorio o extintivo, que se marginará en el acto inicial.

Actos que han generado derechos en terceros

Los actos administrativos reglados o discrecionales que han generado efectos en terceros, sólo pueden ser revocados con consentimiento expreso del beneficiario del acto, caso contrario se dejará sin efecto el acto a través de una decisión judicial, ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo o Fiscal, según el caso.

Los nombramientos

El Dr. Patricio Secaira, textualmente manifiesta: “El ejercicio de la capacidad nominadora de la administración no es susceptible de revocatoria peor en el caso de

⁵⁵ SECAIRA Durango Patricio A., Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito Ecuador 2004, Primera Edición, 19. El Acto Administrativo, p. 198.

que la persona haya asumido el cargo público (...)”⁵⁶. Lo que quiere decir que una vez que ha sido concedido el nombramiento correspondiente por la administración pública para la designación de una autoridad, la administración, por sí misma, no se encuentra capacitada para invalidar el nombramiento, y menos aún si la autoridad nombrada se encuentra en el ejercicio de sus funciones.

2.5. Actos Administrativo Revocables en Sede Jurisdiccional.

He manifestado que todos los actos administrativos, por regla general, son revocables por la propia autoridad emisora del acto, previo el cumplimiento de los requisitos necesarios; pero existen ciertos actos administrativos, que por su propia naturaleza son irrevocables, por ejemplo cuando la autoridad administrativa pierde competencia, tal sería el caso de los actos de control, los actos certificatorios, los actos de consulta, entre otros.

Entre los actos administrativos irrevocables, se han estudiado, entre otros, los actos discrecionales, sobre los cuales se dispone que cuando han generado derechos en terceros, sólo se podrán revocar siempre que exista el consentimiento del beneficiario; también se han analizado las autorizaciones otorgadas por la administración, estableciendo que éstas pueden ocasionar perjuicios o conculcar derechos de terceros, quienes podrían solicitar que se deje sin efecto tal autorización. En los dos casos anotados, ¿cómo se pueden eliminar de la vida jurídica los actos administrativos, si en el primer caso el beneficiario no lo consiente, y en el segundo no hay autorización legal para la eliminación del acto respectivo? La solución es acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, órgano jurisdiccional, para que sea éste quien considere la revocación del acto.

Siendo el acto administrativo un acto unilateral, en principio es revocable a través de la propia Administración; no obstante, existe una limitación a la revocación de los actos administrativos, cuando tales actos son declarativos de derechos subjetivos, es decir, cuando el acto ha producido derechos a favor de terceros; por lo que la Administración tiene una salida, la vía alternativa para la revocación de tales actos es

⁵⁶ SECAIRA Durango Patricio A., Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito Ecuador 2004, Primera Edición, 19. El Acto Administrativo, p. 199.

acudir ante el órgano jurisdiccional, para que sea éste quien estime si se debe o no eliminar de la vida jurídica el acto administrativo correspondiente. Al respecto, Jesús González Pérez, incluso estima, que a pesar de que el acto impugnado no haya llegado a generar derechos subjetivos aún, cuando se esperan los mismos, no cabría una revocación cuando el administrado espera una actitud leal de la administración⁵⁷, ello implica que la Administración no está sólo limitada por los derechos subjetivos, sino también por un elemental principio de buena fe.

La administración pública debe velar por el interés general de los administrados, sin excluir a ninguno (principio prohomine). La expedición de un acto administrativo no sólo genera efectos a favor del beneficiario del acto o del causante del mismo; sino en ocasiones el acto nace siendo o puede volverse dañino para terceros que no tienen nada que ver con el acto, viéndose afectados por el mismo. En tal caso surgen situaciones muy singulares, por un lado existe un daño a la generalidad del conglomerado social, se ha afectado el interés público, y por otro una persona determinada ha adquirido derechos en su beneficio, a través del acto administrativo expedido. Bajo esta premisa, si es imperativo de la administración pública velar por el interés general, lo lógico es que se deje sin efecto el acto administrativo dañino, revocándolo, pero qué sucede con el derecho individual adquirido por él tercero; es una decisión que la tomará el órgano Jurisdiccional competente.

Ahora bien, no siempre la administración se encuentra facultada para dejar sin efecto un acto propio, sino sólo cuando la ley se lo permite, caso contrario debe comparecer ante el órgano jurisdiccional para que considere si se debe o no revocar el acto administrativo; de ahí surge la existencia y la justificación de que existan actos administrativos revocables en sede jurisdiccional, afirmando un elemental principio de seguridad jurídica. Esto significa que existen actos administrativos revocables en sede administrativa, actos administrativos irrevocables (por sus características especiales) y actos administrativos revocables en sede jurisdiccional.

⁵⁷ GONZALEZ Pérez Jesús, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Tercera Edición, Civitas Ediciones, S.L., Capítulo Cuarto Supuestos Típicos de Aplicación del Principio, p. 175.

Conclusiones

La nulidad es una sanción que recae sobre un acto o contrato que adolece de algún vicio o defecto de fondo o de forma, volviéndolo ineficaz, incapaz de producir efectos jurídicos; genera efecto retroactivo. La nulidad es absoluta y relativa, a la nulidad absoluta se la llama nulidad, mientras que a la nulidad relativa se la denomina anulabilidad.

Un acto es nulo porque adolece de una falla rígida determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los casos; mientras que es anulable cuando la causal de invalidez es fluida indeterminada, variable e intrínsecamente dependiente de apreciación judicial.

La legislación ecuatoriana, respecto al acto administrativo, consagra causales de nulidad, no de anulabilidad, ésta última se encuentra regulada en un cuerpo reglamentario.

La nulidad del acto administrativo puede ser declarada de oficio o a petición de parte; puede ser solicitada por cualquier persona y en cualquier tiempo; ello en razón del bien común de los administrados.

Las causales de nulidad, en Ecuador, se encuentran contempladas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE).

Las causales de nulidad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa son: a) la incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia; y, b) la omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.

Los actos administrativos que se consideran nulos, según el ERJAFE son: a) aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o

tiempo; b) aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; c) aquellos actos cuyos presupuestos básicos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento; d) aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.

Las causales de nulidad del acto administrativo, en su totalidad deberían encontrarse expuestas en la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, como cuerpo legal general del derecho administrativo; el ERJAFE es un cuerpo normativo reglamentario que rige para la Función Ejecutiva.

El ERJAFE, al tipificar causales de nulidad como sanciones, viola el principio de reserva de ley contemplado en la Constitución de la República; sólo el legislador, a través de la ley debe tipificar infracciones y establecer sanciones.

La revocación es la facultad de la cual dispone una persona para dejar sin efecto un acto jurídico anterior, a través de un acto jurídico posterior, que lo invalida. Todos los actos administrativos son revocables, siempre y cuando la ley expresamente lo permita; pero además la revocatoria de un acto administrativo se debe ajustar al interés público de los administrados.

La revocación cabe por razones de oportunidad y de legalidad. Por razones de legalidad, cabe la revocación de actos administrativos, que adolezcan de vicios como incompetencia, objeto ilícito, falta de motivación; es decir, son actos nulos.

La revocación, por razones de oportunidad, sirve para dejar sin efecto un acto administrativo perfectamente regular, que ha surtido efectos jurídicos; pero que en un momento dado se vuelve inconveniente, por ser contrario al interés público; y, en este caso cabe una compensación indemnizatoria a quien se perjudique del actuar de la administración.

La potestad revocatoria se la ejercerá bajo el cumplimiento de determinados requisitos: a) Que el acto produzca efectos jurídicos; b) Que los efectos del acto hayan sido queridos por la administración y ésta tenga la titularidad actual en la

relación que intenta revocar; que tenga competencia; c) Que el interés público exija la extinción del acto administrativo, por ser inconveniente e inoportuno.

El acto revocatorio generaría consecuencias futuras, por lo que la administración debe acogerse a un debido proceso (*debido proceso, que en nuestra legislación carece de desarrollo y tratamiento específico*); debe acudir ante el órgano jurisdiccional, para que sea éste quien se encargue de dejar sin efecto el acto originario; esto tiene sentido para brindar seguridad jurídica a la persona o personas, en beneficio de quien o quienes se haya declarado un derecho.

Todos los actos administrativos son revocables, cuando la ley expresamente lo permita, y cuando el goce de los derechos así lo exigiere. Cuando la administración no esté facultada para dejar sin efecto, por sí misma un acto suyo, debe acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, para que considere su anhelo.

Existen actos administrativos, que por sus singulares características, no pueden ser revocados, tales actos son: a) Los actos administrativos provenientes de la facultad discrecional de la administración; b) Los actos administrativos certificatorios; c) Los informes o dictámenes; d) Las autorizaciones o aprobaciones; e) Las inscripciones en registros; f) Los actos que han generado efectos en terceros; g) Los nombramientos.

El acto administrativo, al ser un acto unilateral, en principio es revocable a través de la propia Administración; sin embargo, existe una limitación a la revocación de los actos administrativos, cuando tales actos son declarativos de derechos subjetivos; si el acto ha producido derechos a favor de terceros, la Administración para revocar tales actos, debe acudir ante el órgano jurisdiccional, a que éste estime si se debe o no eliminar de la vida jurídica el acto administrativo correspondiente.

Existen actos administrativos revocables en sede administrativa, actos administrativos irrevocables (por sus características especiales) y actos administrativos revocables en sede jurisdiccional.

CAPÍTULO III. LA LESIVIDAD

Introducción

La administración pública no es libre para actuar, se sujeta a límites como el interés general de los administrados, que le faculta inclusive a revocar sus propios actos si no resultan beneficiosos para el interés general. Pero, un acto administrativo no siempre puede ser revocado por la administración pública, sino cuando el ordenamiento jurídico le permite; por lo que en ocasiones se vuelve oportuna la comparecencia ante el órgano jurisdiccional, como cuando se han generado derechos en favor de terceros, debiendo demandarse la lesividad del acto.

El proceso de lesividad tiene características propias que lo vuelven especial; es necesaria la declaración de lesividad previa; el inicio de la acción es decisión discrecional de la administración pública; el demandado es el beneficiario del acto favorable que se impugna. La ley debe establecer plazos respecto al proceso de lesividad, la nuestra no lo hace, pero cabe aclarar que la declaración de lesividad debe darse dentro de un plazo y el inicio de la acción jurisdiccional contencioso administrativa en otro. Al igual que cualquier proceso judicial, la acción de lesividad, por regla general termina a través de sentencia judicial. Respecto al proceso, no hay claridad sobre como referirse a la lesividad, pues unos la tratan como acción y otros como recurso.

3.1. Limitaciones de la Administración, por un Acto Lesivo.

La administración para la satisfacción del interés público y de sus propios intereses, se encuentra dotada de poder, colocando al administrado en una relación de sujeción; en virtud de ello, los actos administrativos facultan, incluso, para obligar a la administración misma. El panorama general demuestra que la administración pública está capacitada para modificar actos administrativos cuando el interés público así lo exija; sin embargo, por más que el interés público se encuentre de por medio, la administración sólo podrá revocar un acto cuando exista una norma jurídica que se lo permita.

Pablo Tinajero, establece las condiciones que requiere la administración pública para ejercer la potestad revocatoria:

- a) Que el acto produzca efectos jurídicos.
- b) Que el órgano que intenta revocar tenga la disponibilidad de los efectos, es decir, que los efectos hayan sido queridos por el revocante y que tenga la titularidad para revocarlos. Para proceder así, debe existir una norma jurídica que le permita revocar el acto.
- c) Que el interés público exija la extinción de los efectos del acto, del cual su permanencia es inconveniente e inoportuna.

Aparentemente, la Administración tiene una salida para revocar los actos administrativos cuando se da el cumplimiento de los requisitos expuestos, pero no resulta tan simple la revocatoria de un acto administrativo; la potestad revocatoria de la administración se limita a un principio de juridicidad, esto es, la administración está sujeta al derecho administrativo, sus acciones se condicionan a la existencia de una norma jurídica que le permita actuar; claro, no cabe hablar sólo del cumplimiento de una norma jurídica; también el respeto de los derechos garantizados en la Constitución es fundamental para el actuar de la administración.

El ordenamiento jurídico es un límite de la actuación administrativa, por ejemplo cuando establece el respeto del reconocimiento de derechos subjetivos hecho por el Estado, en beneficio de cada persona; por lo que la administración debe sujetarse a que su actuar puede lesionar derechos subjetivos de un particular, lo que generaría una indemnización por el daño ocasionado. Cuando el ordenamiento jurídico establece la organización, las competencias de la administración, las normas relativas al contenido dirigidas a asegurar la correspondencia entre el objeto y la voluntad administrativa, las normas de procedimiento a las cuales la administración se sujeta, también está limitando el actuar administrativo.

El ordenamiento jurídico, en definitiva es un freno para el actuar de la administración, y en él se establece la potestad de revocar o no un acto administrativo, y los parámetros para el ejercicio de la potestad revocatoria. El

problema surge, cuando no existe una norma jurídica que consagre la revocatoria de un acto administrativo, cuando el interés público exija la revocabilidad del acto; pues en un momento dado el acto administrativo fue útil para el interés público, pero se volvió inconveniente, por lo que el interés público exige su revocatoria. Pablo Tinajero establece que para tal actuar el límite más general será el derecho del destinatario⁵⁸.

El interés general de los administrados, en un momento dado, puede exigir que un acto administrativo sea retirado del mundo jurídico, por volverse inconveniente; sin embargo, la administración por motivos de seguridad jurídica, o porque el ordenamiento jurídico no le faculta, o porque el ordenamiento jurídico no establece claramente que se puede eliminar ese acto jurídico; el mismo no puede ser retirado. No obstante, si el interés general se encuentra exigiendo la extinción de un acto, que en principio fue conforme al bien común o contrario al mismo, debe ser retirado.

La administración no puede quedarse cruzada de brazos; hay que dar una solución al problema, esa solución se encuentra en la acción de lesividad, como medio a través del cual se podría retirar de la vida jurídica un acto supuestamente inconveniente. En nuestra legislación, como se ha manifestado ya, la acción de lesividad no ha recibido un tratamiento, por lo que a continuación, fundado en criterios doctrinarios, trataré de dar sus pautas generales; pero antes, sí debo dejar mencionado que la acción de lesividad debe cumplir un cierto camino para surtir efectos, que por ejemplo se debe comparecer ante el órgano jurisdiccional con la declaratoria de lesividad previa.

3.2. Declaratoria de Lesividad.

El Art. 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en su parte pertinente, consagra:

"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

⁵⁸ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo I La revocación de los actos administrativos, p. 42.

público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. (...)".

Si bien no es el ERJAFE, el cuerpo normativo que debiera disponer tal requisito, la declaratoria de lesividad, es indispensable requisito procesal para dar inicio a la acción de lesividad, su omisión llevaría a la inadmisibilidad del recurso.

Pablo Tinajero define a la declaración de lesividad como: "un acto administrativo inimpugnable, que contiene la 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."⁵⁹

De la definición anotada, se desprende que la declaración de lesividad, constituye un acto administrativo por el que la Administración autora de un acto anulable, toma una decisión, a través de la cual manifiesta que un acto administrativo, propio, es lesivo para el interés público, con el objeto de que se tramite su eliminación. A decir de Joaquín Meseguer Yebra⁶⁰, esta manera de proceder de la administración es excepcional, en tanto que la declaración de lesividad constituye una excepción a un principio general del derecho, de que nadie puede ir lícitamente en contra de sus propios actos. En virtud de ser tal declaración, una excepción a un principio general del derecho, Joaquín Meseguer, considera dos requisitos para que se declare la lesividad del acto: 1. Una infracción del ordenamiento jurídico que no determine la nulidad de pleno derecho; y 2. Un quebranto a los intereses públicos.

Volviendo al concepto de Pablo Tinajero, seguiré el Esquema de la obra citada para analizar el concepto de la declaración de lesividad.

3.2.1. Acto administrativo inimpugnable

La declaración de lesividad es un acto administrativo inimpugnable porque se trata de un acto previo, que no hace sino exponer un criterio de la administración para

⁵⁹ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo II La declaración de lesividad, p. 47.

⁶⁰ MESEGUER Yebra Joaquín, La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables, Editorial Bosh, Primera Edición Noviembre 2000, Comte d' Urgel, 51 bis. 08011 Barcelona, Comentario, ps. 10-11.

excitar la acción de lesividad; no se trata de un acto productor de efectos jurídicos de por sí; los administrados no se ven afectados por tal proceder de la administración, no son receptores de sus efectos; la declaración va a exigir a los órganos internos de la administración que cumplan los trámites necesarios para el ejercicio de la acción de lesividad. La administración sólo expone que el acto administrativo anterior es lesivo al interés público, desde su percepción, como su criterio; pero quien juzgará si tal acto es o no lesivo, dañino al interés público, será el órgano jurisdiccional competente, una vez iniciada la acción de lesividad.

No se trata de un acto válido de por sí, puede ser válido como no, sin embargo goza de la presunción de validez como cualquier acto administrativo. El efecto generado será permitir que la administración comparezca al órgano jurisdiccional, ante el cual discutirá con el legítimo contradictor (beneficiario del acto favorable)⁶¹, si existe o no lesión del derecho y del interés público en el acto administrativo que se pretende eliminar.

La inimpugnabilidad de la declaración de lesividad, no si quiera atenta a lo dispuesto en el Art. 173 de la Constitución de la República; porque en el fondo, claro que existe una impugnación de tal declaración, una vez que se traba la litis, dentro del proceso de acción de lesividad, es decir, cuando la acción ha sido aceptada a trámite; ahí el demandado podrá hacer valer sus derechos, y refutar el acto de declaración. No podrá impugnarse directamente ante el órgano jurisdiccional la declaración de lesividad; sin declaración previa no se puede dar trámite a la acción de lesividad.

3.2.2. Expresión de voluntad

No es sino decisión administrativa⁶², un criterio subjetivo de quien actúa a nombre del órgano que expidió el acto que se pretende eliminar; la administración manifiesta que el acto debería ser borrado del mundo jurídico por lesionar el interés público; manifestando su criterio en la declaración de lesividad, la administración es apta para

⁶¹ Joaquín Meseguer entiende como actos favorables los actos declarativos de derechos, los actos que generan una expectativa de derecho o interés legítimo y los actos que no generan gravamen.

⁶² MESEGUER Yebra Joaquín, La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables, Editorial Bosh, Primera Edición Noviembre 2000, Comte d' Urgel, 51 bis. 08011 Barcelona, Comentario, p. 11.

comparecer ante la jurisdicción contencioso administrativa, para que decida si hay o no una lesión al interés público.

3.2.3. Procura el retiro del mundo jurídico de un acto suyo anterior

La potestad revocatoria de un acto administrativo se limita a un principio de juridicidad, es decir, la administración está sujeta al derecho administrativo, sus acciones se condicionan a la existencia de una norma jurídica que le permita revocar; además no siempre se puede revocar un acto administrativo, así cuando se han generado derechos a favor de terceros. El acto que atenta contra el interés público debiera desaparecer de alguna manera, no podría persistir contrariando el bien común de los administrados; la lesividad da una salida, permitiendo que se retire el acto dañino del mundo jurídico. Como manifiesta Pablo Tinajero, "será el órgano jurisdiccional el que resuelva si existe o no lesión al interés público."

3.2.4. Acto anterior que lesiona el interés público

Para que se declare la lesividad de un acto administrativo, mediante sentencia, la administración debe probar ante la jurisdicción contencioso administrativa la lesión del interés público, si no se llega a demostrar la existencia de la lesión no procede la acción; Joaquín Meseguer exige la infracción del ordenamiento jurídico y el quebranto del interés público para que proceda la declaratoria de lesividad del acto, la lesión del interés público es un elemento de importancia trascendental para la declaratoria de lesividad del acto.

3.2.5. Acto que crea derechos en favor de un tercero

Las condiciones para el ejercicio de la potestad revocatoria del acto son, que el acto produzca efectos jurídicos; que el órgano que intenta revocar tenga la disponibilidad de los efectos; y, que el interés público exija la extinción del acto. Cuando se han generado derechos en favor de un tercero, la administración pierde la disponibilidad de los efectos del acto; lo cual no le permite revocar el acto por sí misma, por afectar el derecho subjetivo de un tercero; aunque, sí puede comparecer con una acción de lesividad, en la búsqueda de eliminar el acto lesivo.

3.2.6. Declaración de lesividad como exigencia previa para instaurar la acción de 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 ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. (...)"; contempla el texto del Art. 97 del ERJAFE.

Los actos administrativos que generan derechos subjetivos en favor de un tercero no se pueden revocar, por lo que la administración, si quiere eliminar un acto administrativo que estima, es lesivo al interés público, debe expedir un nuevo acto administrativo igual al que se pretende eliminar, ese acto administrativo constituye la declaración de lesividad, que permite comparecer ante el Juez Administrativo. La declaración de lesividad, aunque nuestra legislación no lo establezca (el ERJAFE es norma reglamentaria, no legislativa), debería constituir un requisito de procedibilidad de la acción de lesividad. Este requisito de procedibilidad, tiene una finalidad, asegurar que la administración se encuentra convencida de que el acto declarado lesivo, sí lesiona el interés público⁶³. La lesión puede ser de variada índole, no se limita a un campo en especial; el interés lesionado puede ser económico, urbanístico, medioambiental, cultural, sanitario, etc.⁶⁴

Previo a la expedición de la declaración de lesividad, la administración, mediante un procedimiento administrativo previo, debe comprobar la existencia de las causas que motiven la lesión, este procedimiento se debe acompañar a la demanda de lesividad. Una vez declarada la lesividad del acto, se debe notificar al demandado con la declaración, para que el mismo pueda preparar su defensa, garantía básica del debido proceso⁶⁵.

⁶³ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo II La declaración de lesividad, p. 52.

⁶⁴ MESEGUER Yebra Joaquín, La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables, Editorial Bosh, Primera Edición Noviembre 2000, Comte d' Urgel, 51 bis. 08011 Barcelona, Comentario, p. 22.

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador, artículo 76, numeral 7, literal d.

3.3. Actos que pueden ser declarados lesivos.

Para poder declarar lesivo un acto existen requisitos; como primer requisito, la existencia de una infracción normativa, es decir el ordenamiento jurídico debe estar afectado de alguna manera; y, como segundo requisito que el acto administrativo resulte lesivo al interés público; lesión que puede ser de cualquier índole, económica, cultural, medioambiental, etc. Siendo el acto contrario al interés público, debe entenderse que el mismo no se acomoda al ordenamiento jurídico que ampara al acto, lo cual lo vuelve anulable.

Se pueden declarar lesivos al interés público los actos anulables, que deben ser contrarios al ordenamiento jurídico; no se entenderán incorporados dentro de los actos anulables los actos nulos de pleno derecho, en cuyo caso son ineficaces por incurrir en causales previamente establecidas; no surten efectos por razones de legitimidad. Los actos que van a declararse lesivos al interés público, siguiendo el criterio de Joaquín Meseguer Yebra, deben ser actos favorables; o sea no sólo actos declarativos de derechos, sino también los actos que creen la expectativa de un derecho o interés legítimo y aquellos que simplemente no son de gravamen o desfavorables para el interesado.⁶⁶

En cuanto a la ejecución de la sentencia, Joaquín Meseguer⁶⁷ mantiene un criterio, que además lo comparto; opina que no cabe que se declare lesivo un acto administrativo dictado para la ejecución de una sentencia; que en este caso el acto constituye un mandato judicial, no una manifestación de voluntad en sí mismo, se trata de llevar a cabo los pronunciamientos contenidos en la sentencia, no de volver inoperante y entorpecer un proceso judicial terminado.

El autor citado, además considera que la ejecutividad de los actos administrativos favorables se mueve en un plano independiente de la acción de revisión de oficio o de la declaración de lesividad; manifestando que la potestad para declarar lesivos los actos anulables no acomodados al ordenamiento jurídico, independientemente, de

⁶⁶ MESEGUER Yebra Joaquín, La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables, Editorial Bosh, Primera Edición Noviembre 2000, Comte d' Urgel, 51 bis. 08011 Barcelona, Comentario, p. 20.

⁶⁷ MESEGUER Yebra Joaquín, La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables, Editorial Bosh, Primera Edición Noviembre 2000, Comte d' Urgel, 51 bis. 08011 Barcelona, Comentario, ps. 18, 19.

que se encuentren los mismos pendientes de ejecución por el órgano a quien corresponda o se hayan llevado a efecto en todo o en parte; la solicitud de ejecución no puede impedir el ejercicio de la declaración de lesividad para depurar las ilegalidades contenidas en tales actos favorables.

3.4. Procedimiento para la declaración de lesividad.

La declaración de lesividad comprende ciertas particularidades, que siguiendo la doctrina española también se aplica en nuestro Estado; debe adoptarse hasta dentro de cuatro años transcurridos desde que se dictó el acto administrativo que se quiere revocar, la declaración se debe producir dentro del plazo, sin ser suficiente que el procedimiento se inicie en ese plazo, sino que se adopte la resolución y practique la notificación.

El inicio del procedimiento está reservado para la administración autora del acto, no a los particulares ni a otra administración distinta a la que expidió el acto anulable; la administración que declara lesivo el acto debe ser la autora del mismo y encontrarse interesada en la anulación del acto. Pablo Tinajero⁶⁸, sin embargo en su obra, señala un criterio doctrinal como excepción; estableciendo que la ley puede autorizar a un órgano de control para que expida una declaración de lesividad sobre un acto expedido por la administración activa, lesivo para el interés público.

La declaración de lesividad constituye un acto discrecional de la administración, ello implica un margen de libertad de decisión; la ley no determina en qué caso un acto es lesivo al interés público y en qué caso no lo es; la administración debe velar por el interés público, y fundamentada en él actuará enmarcada en el ordenamiento jurídico; existirá una norma jurídica que le permita revisar un acto suyo anterior y declararlo lesivo; la propia administración considerará si debe o no declarar lesivo un acto suyo anterior; para hacerlo, su actuar está limitado por el interés público previsto en el ordenamiento jurídico.

⁶⁸ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo II La declaración de lesividad, p. 54.

Aunque la declaración de lesividad sirva como presupuesto procesal a la posterior impugnación contencioso administrativa; una vez que se declare la lesividad del acto, es imperativo notificar al demandado con la declaración, para que el mismo pueda preparar su defensa, garantía básica del debido proceso; será decisión del interesado ver si aporta documentos o justificaciones o no hace nada, pero la administración sí debe notificar al interesado.

La declaración de lesividad debe encontrarse motivada, mencionando la infracción normativa y la lesión al interés público que produce el acto anulable; la motivación forma parte del acto administrativo, si bien el acto de declaración de lesividad no produce efectos jurídicos de manera directa, su destino es el límite de los derechos que en un momento dado se reconocieron; es trascendental demostrar que el acto que se pretende anular quebranta los intereses generales.

3.5. Legitimación Activa de la acción de lesividad.

Debo partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 23, literal d; donde se contempla:

"Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: (...) d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo."

Esto significa, si sólo puede revocar un acto administrativo aquel órgano que lo dictó, cuando se encuentre facultado legalmente para hacerlo; en base a lo prescrito en la norma transcrita, si un órgano administrativo quiere retirar del mundo jurídico un acto administrativo, pero no cuenta con esa capacidad, el órgano de la administración autor del acto sí está facultado para comparecer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente para anular el acto correspondiente.

La razón de que sólo se faculte al órgano autor del acto anulable para que pida la anulación del mismo, se la encuentra en que es este órgano el competente para apreciar los efectos producidos por el acto y encontrarlo lesivo al interés público.

Siendo la declaración de lesividad requisito previo que se debe acompañar a la demanda de lesividad, hay que considerar que la declaración de lesividad es un acto administrativo expedido por el órgano autor del acto administrativo que se declara lesivo; entonces, será también éste, el órgano competente para iniciar la acción de lesividad correspondiente; es como una facultad discrecional reservada para el órgano autor del acto. La lesividad la va a demandar el mismo órgano autor del acto que se pretende eliminar. Para este momento, es indispensable la existencia de la declaración de lesividad, es la que habilitará la demanda.

La legitimación activa nace del ordenamiento jurídico; el órgano jurisdiccional podrá examinar la demanda cuando la pretensión hubiese sido deducida por una persona activamente legitimada en contra de una persona pasivamente legitimada. Pablo Tinajero expone: "la legitimación es un requisito de admisión de la pretensión en cuanto al fondo del asunto y no de la existencia del proceso."⁶⁹

3.6. Legitimación Pasiva de la acción de lesividad.

Debo partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 24, literal b); donde se contempla:

"Art. 24.- La demanda se podrá proponer contra: (...) b) Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición."

La legitimación pasiva es de la persona que tiene capacidad para comparecer a juicio en calidad de demandado; en el caso de la acción de lesividad, la Administración comparece como actor, demandando a un particular en favor del cual se han creado derechos; es decir, el particular puede defenderse como parte principal del proceso. Al respecto sí debo manifestar que el acto administrativo sobre el cual se demande la acción de lesividad, pudo haber generado derechos en favor de personas particulares (persona natural o jurídica) o de personas jurídicas de derecho público, es decir en favor de otro órgano de la administración; esto significa que podrán comparecer como demandados personas naturales, personas jurídicas de derecho privado y

⁶⁹ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo III Supuestos y requisitos procesales de la acción de lesividad, p. 61.

personas jurídicas de derecho público; y, en este último caso se entablaría un juicio de la administración en contra la administración.

3.7. Plazo para el planteamiento de la acción de lesividad.

Al respecto debo partir del inciso primero del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y del inciso tercero del Art. 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva:

"Art. 65.- El término para deducir la demanda en la vía contencioso-administrativa será de noventa días en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna."

"Art. 97.- (...).- La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de los Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad."

Como se ha manifestado, es requisito indispensable para iniciar la acción de lesividad, la declaratoria de lesividad previa; en el caso de España la declaración de debe darse dentro de los cuatro años posteriores a la expedición del acto administrativo anulable. Pablo Tinajero⁷⁰ no comparte la idea de que sean cuatro años los que se concedan, criterio en el que concuerdo con el autor; pues qué pasaría si se detectará que el acto es lesivo para el interés general, con posterioridad a todos los plazos establecidos, no se podría retirar del mundo jurídico a los mismos.

Joaquín Meseguer Yebra⁷¹ considera, en base a su legislación, que si no se hubiera declarado la lesividad dentro de los tres meses, desde el inicio del procedimiento; este procedimiento caducará, generando como efecto de la caducidad, la ausencia de resolución sobre el fondo del asunto; en este sentido, el autor estima oportuno volver a iniciar un nuevo procedimiento, usando como fundamento que lo que ha expirado

⁷⁰ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo II La declaración de lesividad, p. 55.

⁷¹ MESEGUER Yebra Joaquín, La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables, Editorial Bosh, Primera Edición Noviembre 2000, Comte d' Urgel, 51 bis. 08011 Barcelona, Comentario, p. 25.

es el plazo, subsistiendo la potestad administrativa para declarar lesivos los actos anulables y favorables; es decir, si la Administración se encuentra dentro de los cuatro años posteriores a la expedición del acto, aún podría declararlo lesivo.

Una vez resuelta la declaración de lesividad, según el ERJAFE, hay dos meses para demandar la acción de lesividad; pero como lo he mencionado antes, el ERJAFE no es más que un cuerpo reglamentario de la Función Ejecutiva, que no cumple con el carácter de ley. Por esta razón, el plazo establecido en el inciso primero del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, noventa días desde la notificación con la resolución que se impugna, es útil para llenar el vacío existente en nuestra ley.

A criterio de Pablo Tinajero⁷², tanto los dos meses del ERJAFE, como los tres meses (actualmente noventa días) son un plazo prudente para que la administración prepare el expediente administrativo y toda la documentación necesaria para que la demanda de lesividad sea completa; sin embargo, a mi criterio estimo que los dos meses fueran suficientes, pero se debería regular al respecto en la ley; por lo pronto el término de tres meses del inciso primero, Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se justificaría por encontrarse prescrito en un cuerpo legal.

3.8. Proceso de la Acción de Lesividad.

En nuestra legislación no existe un tratamiento específico para encausar la acción de lesividad; asunto grave, pues se trata de un proceso con particularidades propias, se va a retirar del mundo jurídico un acto declarativo de derechos, la legislación debería regular al respecto, de una manera u otra se van a afectar intereses de terceros; y, para ello sí se debiera seguir un procedimiento propio. En sí, el proceso no tiene diferencias con el proceso común establecido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso en cuanto a plazos, términos y diligencias, pero sí se debiera establecer algo en cuanto a la legitimación activa, legitimación pasiva y la publicidad, por ser características especiales en este tipo de acción.

⁷² TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo III Supuestos y requisitos procesales de la acción de lesividad, p. 68.

Sobre la legitimación activa, sólo el órgano de la administración autor del acto está facultado para comparecer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente, a solicitar que se anule el acto correspondiente; es éste el competente para apreciar los efectos producidos por el acto y encontrarlo lesivo al interés público. Además, se debe acompañar a la demanda la declaración de lesividad, acto administrativo expedido por el órgano autor del acto administrativo, que le vuelve el órgano competente para iniciar la acción de lesividad correspondiente; se trata una facultad discrecional reservada para el órgano autor del acto. Sobre la legitimación pasiva, en el caso de la acción de lesividad, la Administración comparece como actor, pudiendo demandar según el caso a personas naturales, personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho público.

Respecto a la publicidad de la acción de lesividad, nada sostiene nuestra ley, sin embargo, sí debiera decirse algo al respecto, en razón de que la publicidad se vuelve indispensable para que los coadyuvantes puedan hacer valer sus derechos de manera oportuna en el proceso que se tramita; se deben hacer valer los derechos de terceros, y de conformidad al Art. 82 del Código de Procedimiento Civil ordenar la citación por la prensa a los terceros desconocidos que pudieren tener derechos favorables como consecuencia del acto que se impugna.

Entre las particularidades del proceso de la acción de lesividad, se deben cumplir ciertas diligencias, como acompañar el correspondiente expediente administrativo, mismo que formará parte de la declaración de lesividad, donde se encontrará la su motivación. La demanda a debe estar dirigida por quien ostente la titularidad del órgano administrativo contra la persona pasivamente legitimada como demandado.

Respecto a la suspensión de la ejecución del acto administrativo que se pretende retirar del mundo jurídico, surgen dos situaciones: Que el acto haya sido ejecutado y se deban retirar tanto el acto como sus efectos; y, que el acto aún no haya sido ejecutado. En este sentido se debe tomar en cuenta lo dispuesto por el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa “Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.”.

En el supuesto de que el acto haya sido ejecutado, en sentencia se ordenará que se deshagan los actos que se realizaron, que en la mayor parte de los casos van derivar en indemnizaciones compensatorios a favor del beneficiario del acto, por ejemplo si los efectos del acto son materiales y el deshacerlo implique la demolición de una casa.

Si los actos aún no se ejecuten, el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone su cumplimiento, no obstante, la administración no va a querer ejecutar el mismo por ser lesivo al interés público; con respecto a este punto siguiendo la línea de Joaquín Meseguer Yebra,⁷³ la Administración no puede decidir si suspende o no la ejecución del acto, es una decisión competente, exclusivamente al órgano jurisdiccional; la decisión final no es de la administración, su facultad se limita a resolver la declaración de lesividad, nada más. Es lógico que quien decida la suspensión de ejecución del acto sea la jurisdicción contencioso administrativa como órgano imparcial; la administración es parte procesal.

La acción de lesividad va dirigida en contra de un acto propio de la administración autora del acto; esto significa que el objeto de controversia es un acto propio de la administración pública sobre el cual tiene una pretensión, eliminarlo del mundo jurídico, compareciendo ante la jurisdicción contencioso administrativa con previa declaratoria de lesividad del acto. Un acto de la administración ha resultado ser acto favorable para alguna persona, pero por razones de interés público, debe ser retirado del mundo jurídico; comparece la administración como legitimario activo, el beneficiario del acto favorable con legitimación pasiva, constituyendo objeto de disputa el acto de la administración pública, que se pretende retirar del mundo jurídico, la demanda resulta en contra de un acto propio.

Por regla general la terminación del proceso de lesividad se da por culminado a través de sentencia. Pablo Tinajero⁷⁴ estima que también termina el proceso sin sentencia cuando el órgano jurisdiccional expide ciertos actos para terminarlo; aunque, excluye como formas de terminar el proceso de lesividad, algunos. El

⁷³ MESEGUER Yebra Joaquín, La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables, Editorial Bosh, Primera Edición Noviembre 2000, Comte d' Urgel, 51 bis. 08011 Barcelona, Comentario, p. 27.

⁷⁴ TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Primera Edición, Capítulo IV Procedimiento en Sede Jurisdiccional, ps. 72, 73.

desistimiento, porque no cabe desistir sobre el retiro de un acto que lesiona el interés público; el abandono, porque no se puede producir cuando los incapaces tienen intereses y, el Estado es persona incapaz, interesada en la lesividad del acto; satisfacción extra procesal de la pretensión, porque el particular debería actuar en ejercicio de funciones públicas y revocar un acto que le beneficia; la transacción porque implicaría renunciar a la satisfacción de las exigencias del interés público; el arbitraje, porque lo que no es objeto de transacción tampoco es de arbitraje y, no cabe que decida si es lesivo o no el acto cualquier persona.

He dicho que por regla general el proceso de lesividad termina por sentencia; que puede surtir ciertos efectos:

- Rechazar la demanda, en cuyo caso se está dando la firmeza al acto que se pretendió eliminar del mundo jurídico; ello el vuelve legítimo al acto impugnado y ratifica al acto favorable para el particular.
- Aceptar la demanda, en cuyo caso se anula el efecto de los actos favorables, se extinguen los derechos que surgieron del acto; en este caso se generará un perjuicio al beneficiario del acto que se anula, por lo que se le debe indemnizar por el daño causado.

Si se acepta retirar el acto del mundo jurídico, se generarán indemnizaciones a favor del beneficiario del acto que se anula; lo que deriva en la responsabilidad de los funcionarios que expidieron el acto lesivo, otorgando al Estado el derecho de accionar la repetición del pago; así el Art. 11, numeral nueve de la Constitución de la República en su parte pertinente dispone: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 9. (...) El Estado, sus delegatorios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligado a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.- El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.- (...)”.

3.9. La lesividad como acción o recurso.

Es importante establecer un leve diferencia entre lo que es acción y lo que es recurso para poderme referir a la lesividad como acción o recurso.

El Art. 66 del Código de Procedimiento Civil (CPC), dispone: “Demanda es el acto en el que el demandante deduce su acción o formula la solicitud o reclamación que ha de ser materia principal del fallo.”.

El texto “Curso de Procedimiento Civil”, profesado por Don Fernando Alessandri R. en la Universidad de Chile, se define como recursos: “los medios que establece la ley para obtener la modificación, enmienda o invalidación de una resolución judicial”, que pueden ser ordinarios u extraordinarios.

Partiendo de la diferencia establecida, se entiende que la acción es la pretensión que tiene una de las partes, por la cual se da inicio a un proceso en el que plantea el reclamo ante el órgano jurisdiccional, se comparece inicialmente; mientras que el recurso se refiere a los medios que permiten obtener una modificación, solicitar una enmienda o invalidación de una resolución judicial o administrativa existente. Resumiendo la acción sirve para dar inicio a un proceso, mientras que el recurso es útil para modificar una resolución existente; en el caso de la acción no se ha manifestado nada al respecto, mientras que en el caso de la resolución existe un pronunciamiento previo.

Entiendo, sin embargo, que quienes se refieren a la lesividad como recurso y no como acción, lo hacen sosteniéndose en que se trata de un acto anterior sobre el que acuden al órgano jurisdiccional para que sea él quien tome una decisión sobre el caso, ya que en vía administrativa ya se resolvió la lesividad; no obstante, es una acción porque recién al comparecer ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo se está dando inicio al proceso, se está accionando ante un órgano imparcial, independiente, se está emplazando la demanda.

Conclusiones

La administración pública está capacitada para modificar actos administrativos cuando el interés público así lo exija; sin embargo, por más que el interés público se encuentre de por medio, la administración sólo podrá revocar un acto cuando exista una norma jurídica que se lo permita. Si no hay una norma que le permita retirar un acto, que lo considere contrario al interés general, tiene una salida, demandar la lesividad del acto para retirarlo de la vida jurídica.

La administración pública pierde la disponibilidad de los efectos del acto cuando se han generado derechos en favor de un tercero, por lo que no puede revocar el acto por sí misma, pues se afectará un derecho subjetivo; pero se puede declarar lesivo el acto para demandar y eliminarlo del mundo jurídico.

La declaratoria de lesividad es requisito indispensable de la acción de lesividad, su omisión vuelve inadmisibile la demanda. "La declaración de lesividad es un acto administrativo inimpugnable, que contiene la 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."

La declaración de lesividad es una excepción a un principio general del derecho, que nadie puede ir lícitamente en contra de sus propios actos. Para declarar la lesividad del acto debe darse una infracción del ordenamiento jurídico que no determine la nulidad de pleno derecho; y un quebranto a los intereses públicos.

La declaración de lesividad es un acto administrativo inimpugnable porque se limita a manifestar un criterio de la administración, que le sirve de sustento para iniciar la acción de lesividad; no es un acto que produce efectos jurídicos directos a los administrados. Además, este acto, en el fondo, sí se impugna cuando se traba la litis, es decir, si la acción se ha aceptado a trámite; ahí el demandado hará valer sus derechos. Pero, será el órgano jurisdiccional quien resuelve si existe o no lesión al interés público.

La administración pública, ante la jurisdicción contencioso administrativa probará la lesión del interés público; lesión que puede ser de variada índole, no se limita a un campo en especial. Antes de la declaración de lesividad, hay que llevar a cabo un procedimiento administrativo previo para comprobar la existencia de las causas que motiven la lesión, este procedimiento se debe acompañar a la demanda de lesividad. Para declarar lesivo el acto, se exige una infracción normativa y una lesión al interés público.

La declaración de lesividad debe estar motivada, mencionando la infracción normativa y la lesión al interés público que produce el acto anulable; pues va a limitar los derechos que en un momento dado se reconocieron.

Los actos que van a declararse lesivos al interés público son actos anulables, que deben ser actos favorables, no sólo declarativos de derechos, sino generadores de la expectativa de un derecho o de un interés legítimo, que no sean actos de gravamen o desfavorables para el interesado. Además, no cabe que se declare lesivo un acto administrativo dictado para la ejecución de una sentencia.

Una vez declarada la lesividad del acto, se debe notificar al demandado con la declaración, para que el mismo pueda preparar su defensa.

El inicio del procedimiento está reservado para la administración autora del acto, no para los particulares ni para otra administración distinta a la que expidió el acto anulable.

El órgano competente para comparecer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo solicitando que se declare la lesividad del acto, es el órgano autor del acto que se impugna. Es este órgano es el competente para apreciar los efectos producidos por el acto y encontrarlo lesivo al interés público. Es una facultad discrecional reservada para el órgano autor del acto.

La Administración Pública comparece como actor, demandando a un particular en favor del cual se han creado derechos; es decir, el particular puede defenderse como parte principal del proceso. Pueden comparecer como demandados personas

naturales, personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho público.

La publicidad es indispensable para que los coadyuvantes puedan hacer valer sus derechos de manera oportuna en el proceso que se tramita.

Respecto a los plazos, nuestra legislación no establece un plazo para declarar la lesividad del acto; en España son cuatro años posteriores a la expedición del acto administrativo anulable. El ERJAFE establece dos meses para demandar la lesividad a partir de la declaración de lesividad, plazo no legal, pero prudente para preparar el expediente administrativo y toda la documentación necesaria para que la demanda de lesividad sea completa.

La Administración no puede decidir si suspende o no la ejecución del acto, esta decisión le toca al órgano jurisdiccional.

El objeto de litigio es un acto propio de la administración pública, sobre el cual se tiene una pretensión, eliminarlo del mundo jurídico; la administración impugna un acto suyo anterior.

El proceso de lesividad, por regla general se da por culminado a través de sentencia. En la sentencia se puede aceptar o rechazar la demanda. Si se acepta retirar el acto del mundo jurídico, surgen indemnizaciones a favor del beneficiario del acto que se anula; lo que derivaría en la responsabilidad de los funcionarios que expidieron el acto lesivo, otorgando al Estado el derecho de accionar la repetición del pago.

La lesividad es una acción, porque se comparece ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo, cuando se inicia este proceso, compareciendo ante un órgano imparcial, independiente, ante quien se emplaza la demanda.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La evolución social del hombre dio lugar al Estado, como una sociedad jurídica y políticamente organizada en búsqueda del bien común de los hombres; el Estado se encuentra dotado de poder para imponerse sobre sus miembros y cumplir con sus objetivos. El poder está dividido en funciones, una de ellas es la función administrativa, regulada por el derecho administrativo.

Los órganos del Estado, en cumplimiento de sus funciones, realizan actos administrativos.

El ERJAFE define al acto administrativo: “Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”; definición que se limita al acto administrativo negocial, no al terminal.

Los elementos esenciales del acto administrativo son la competencia, el objeto, la voluntad, la forma, la motivación y la notificación del acto administrativo; si uno de estos elementos faltase, el acto es nulo.

Las características del acto administrativo son la presunción de legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad e impugnabilidad.

Los actos administrativos no siempre son perfectos, por lo que se pueden impugnar.

La impugnabilidad del acto permite que los administrados reclamen su inconformidad ante el órgano emisor del acto como ante el órgano jurisdiccional.

Para impugnar un acto administrativo en vía judicial, nuestra legislación consagra los mal llamados recurso subjetivo o de plena jurisdicción y objetivo o de anulación, que en realidad son acciones judiciales.

Los actos administrativos, cuando no son perfectos, son nulos, anulables y revocables.

La nulidad es una sanción que recae sobre un acto o contrato que adolece de algún vicio o defecto de fondo o de forma, volviéndolo ineficaz, incapaz de producir efectos jurídicos; su efecto es retroactivo.

Un acto es nulo porque adolece de una falla rígida determinada, dosificada por la ley, invariable e idéntica en todos los casos; y, es anulable cuando existe una causal de invalidez fluida, indeterminada, variable e intrínsecamente dependiente de apreciación judicial.

La legislación ecuatoriana, respecto al acto administrativo, consagra causales de nulidad, no de anulabilidad, ésta última se encuentra regulada en un cuerpo reglamentario.

La nulidad del acto administrativo puede ser declarada de oficio o a petición de parte; puede ser solicitada por cualquier persona y en cualquier tiempo.

Las causales de nulidad, en el Ecuador, están establecidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

El ERJAFE, al tipificar causales de nulidad como sanciones, viola el principio de reserva de ley contemplado en la Constitución de la República; sólo el legislador, a través de la ley debe tipificar infracciones y establecer sanciones.

La revocación es la facultad de la cual dispone una persona para dejar sin efecto un acto jurídico anterior, a través de un acto jurídico posterior, que lo invalida. Los actos administrativos son revocables cuando la ley expresamente lo permita; y, debe ajustarse al interés público de los administrados.

La revocación cabe por razones de oportunidad y de legalidad. Por razones de legalidad, cabe revocar por vicios como la incompetencia, objeto ilícito, falta de motivación; es decir, son actos nulos.

La revocación, por razones de oportunidad, sirve para dejar sin efecto un acto administrativo perfectamente regular, que ha surtido efectos jurídicos; pero que se vuelve inconveniente, por ser contrario al interés público; bajo estas circunstancias cabe una compensación indemnizatoria a quien se perjudique por el actuar de la administración.

La potestad revocatoria se ejerce cuando: a) El acto produzca efectos jurídicos; b) Los efectos hayan sido queridos por la administración y ésta tenga la titularidad actual en la relación que intenta revocar; que tenga competencia; c) El interés público exija la extinción del acto administrativo, por ser inconveniente e inoportuno.

El acto revocatorio generaría consecuencias futuras, por lo que la administración debe acogerse a un debido proceso.

Todos los actos administrativos son revocables, cuando la ley expresamente lo permita, y cuando el goce de los derechos así lo exigiere. Si la administración no está facultada para dejar sin efecto, por sí misma, un acto suyo, debe acudir al Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para que considere su anhelo.

Existen actos administrativos que no pueden ser revocados, a saber: Los actos provenientes de la facultad discrecional de la administración; los actos certificatorios; los informes o dictámenes; las autorizaciones o aprobaciones; las inscripciones en registros; los actos que han generado efectos en terceros; los nombramientos.

Cuando el acto administrativo es declarativo de derechos subjetivos, produciendo derechos a favor de terceros, lo podrá revocar la administración acudiendo ante el órgano jurisdiccional, quien estimará si debe o no eliminar el acto respectivo de la vida jurídica.

Los actos administrativos pueden ser revocables en sede administrativa, irrevocables y revocables en sede jurisdiccional.

Si no hay una norma que permita retirar un acto de la vida jurídica, si se lo considera contrario al interés general, hay que demandar la lesividad del acto.

La acción de lesividad se sustenta en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Código Orgánico de la Función Judicial.

La administración pública pierde la disponibilidad de los efectos del acto cuando se han generado derechos en favor de un tercero, por lo que no puede revocar el acto por sí misma, pues se afectará un derecho subjetivo; pero puede declarar lesivo el acto para demandar y eliminarlo del mundo jurídico.

La declaratoria de lesividad es un acto administrativo inimpugnable, que procura retirar del mundo jurídico un acto que beneficia a un particular y lesiona intereses públicos; es requisito indispensable para plantear la acción de lesividad, su omisión vuelve inadmisibile la demanda.

La declaración de lesividad es una excepción a un principio general del derecho, que nadie puede ir lícitamente en contra de sus propios actos.

Para declarar la lesividad del acto debe darse una infracción del ordenamiento jurídico que no determine la nulidad de pleno derecho; y un quebranto a los intereses públicos.

La declaración de lesividad no produce efectos jurídicos directos a los administrados.

La administración pública, ante la jurisdicción contencioso administrativa probará la lesión del interés público; lesión que puede ser de variada índole, no se limita a un campo en especial. Antes de la declaración de lesividad, hay que llevar a cabo un procedimiento administrativo previo para comprobar la existencia de las causas que motiven la lesión, este procedimiento se acompaña a la demanda de lesividad.

Para declarar lesivo el acto, se exige una infracción normativa y una lesión al interés público.

La declaración de lesividad debe ser motivada, mencionando la infracción normativa y la lesión al interés público que produce el acto anulable; pues va a limitar derechos que en un momento dado se reconocieron.

Los actos que se declaran lesivos al interés público son anulables, que deben ser favorables, no sólo declarativos de derechos, sino generadores de la expectativa de un derecho o de un interés legítimo, que no sean actos de gravamen o desfavorables para el interesado.

Una vez declarada la lesividad del acto, debe notificarse al demandado con la declaración, para que el mismo pueda preparar su defensa.

El inicio del procedimiento está reservado para la administración autora del acto, no para los particulares ni para otra administración distinta a la que expidió el acto anulable.

El órgano competente para comparecer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, solicitando que se declare la lesividad del acto, es el órgano autor del acto que se impugna.

La Administración Pública comparece como actor, demandando a un particular en favor del cual se han creado derechos; es decir, el particular puede defenderse como parte principal del proceso.

Pueden comparecer como demandados personas naturales, personas jurídicas de derecho privado y personas jurídicas de derecho público.

La publicidad es indispensable para que los coadyuvantes puedan hacer valer sus derechos de manera oportuna en el proceso que se tramita.

Nuestra legislación no establece un plazo para declarar la lesividad del acto; en España son cuatro años posteriores a la expedición del acto administrativo anulable. El ERJAFE establece dos meses para demandar la lesividad a partir de la declaración

de lesividad, plazo no legal, pero prudente para preparar el expediente administrativo y toda la documentación necesaria para que la demanda de lesividad sea completa.

La Administración no puede decidir si suspende o no la ejecución del acto, esta decisión le toca al órgano jurisdiccional.

El objeto de litigio es un acto propio de la administración pública, sobre el cual se tiene una pretensión, eliminarlo del mundo jurídico; la administración impugna un acto suyo anterior.

El proceso de lesividad, por regla general culmina a través de sentencia, en la cual se acepta o rechaza la demanda. Si se acepta retirar el acto del mundo jurídico, surgen indemnizaciones a favor del beneficiario del acto que se anula; ello derivaría en la responsabilidad de los funcionarios que expidieron el acto lesivo, otorgando al Estado el derecho de accionar la repetición del pago.

La lesividad es una acción, requiere que se comparezca ante el órgano jurisdiccional contencioso administrativo, se inicia este proceso, compareciendo ante un órgano imparcial, independiente, ante quien se emplaza la demanda.

Para finalizar la presente monografía, estimo necesario dejar sentado, a manera de recomendación, que la trascendencia de la acción de lesividad es vital en el ámbito del Derecho Administrativo, no cabe rezagarla al olvido, sin asignarle el tratamiento especial que merece en el campo normativo. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa requiere reformas urgentes sobre varios temas, un aspecto fundamental es incluir la acción de lesividad de manera expresa, estableciendo, claramente, cuando cabe plantearla, bajo qué circunstancias, asignándole un procedimiento propio; no se puede llenar su vacío procesal con el de acciones distintas, sus características especiales exigen el desarrollo de un proceso propio, así se garantiza la seguridad jurídica y el cumplimiento de su finalidad, salvaguardar el interés público de la sociedad.

BIBLIOGRAFIA

Apuntes internos, Universidad de Concepción, Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Departamento de Derecho Público, Derecho Administrativo II.

AVILA Santamaría Ramiro, Caracterización de la Constitución 2008, pp. 405-428 (Recopilación).

CABANELLAS Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta S.R.L., 1981, 18ª Edición, Tomo V.

CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo Tomo I, 8ª Edición – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, LexisNexis Argentina S.A.

CASSAGNE Juan Carlos, Derecho Administrativo Tomo II, 8ª Edición – Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2006, LexisNexis Argentina S.A.

Código Civil, Ecuador.

Constitución de la República del Ecuador.

Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 7, Real Academia Española, 2001.

Diccionario de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo 9, Real Academia Española, 2001.

Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana, Primera Edición, fondo de cultura ecuatoriana 1998, Tomo IV.

Diccionario Jurídico Anbar con Legislación Ecuatoriana, Primera Edición, fondo de cultura ecuatoriana 1998, Tomo V.

DROMI Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina Hispania de Libros, 11ª Edición 2006.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, Ecuador.

GARCIA de Enterría Eduardo y RAMON Fernández Tomás, Curso de Derecho Administrativo I, Editorial Civitas Madrid, Octava Edición 1997.

GONZALEZ Pérez Jesús, El Principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo, Tercera Edición, Civitas Ediciones, S.L., 1999.

JARAMILLO Ordóñez Herman, Manual de Derecho Administrativo, Quinta Edición 2005; Editado por Unidad de Publicaciones del Área Jurídica, Social y Administrativa de la Universidad Nacional de Loja.

Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, Ecuador.

Ley de Modernización del Estado, Ecuador.

MESEGUER Yebra Joaquín, La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables, Editorial Bosh, Primera Edición Noviembre 2000, Comte d' Urgel, 51 bis. 08011 Barcelona.

NARVÁEZ Ricaurte Luis y NARVÁEZ Rivadeneira Luis, Pensamiento Político, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.

PEREZ Camacho Efraín, Derecho Administrativo Tomo I, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2006.

PUIG Vilazar Carlos, Índice de Procedimiento Civil Ecuatoriano, Colección Biblioteca Nacional de Libros de Derecho, Tomo 47, Vol XI, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana 1985, Segunda Edición.

SECAIRA Durango Patricio A., Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito Ecuador 2004, Primera Edición.

TINAJERO Delgado Pablo, La Acción de Lesividad, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia, Biblioteca de Jurisprudencia, Primera Edición.

URRUTIA Salas Manuel y FILIPPI Oscar, Curso de Procedimiento Civil, Apuntaciones tomadas por Manuel Urrutia Salas y don Oscar Filippi, Profesado por Don Fernando Alessandri R. en la Universidad de Chile, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Nascimento, Santiago Chile, 1938.