



UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS
Laureate International Universities®

FACULTAD DE DERECHO

**“ESTUDIO DE LA IMPUGNACIÓN JUDICIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS,
Y LA PROHIBICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE REVOCAR
LOS ACTOS DECLARATIVOS DE DERECHOS.”**

**Trabajo de titulación presentado en conformidad a los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogada
de los Tribunales y Juzgados de la República**

Profesor Guía:

Dr. Gonzalo A. Muñoz Sánchez

Autora:

María José Araujo Álvarez

Año

2012

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el/la estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

.....
Gonzalo A. Muñoz Sánchez
Doctor en Jurisprudencia
1705092797

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes”

.....
Maria Jose Araujo Alvarez
171712829-0

AGRADECIMIENTO

Mis agradecimientos van dirigidos a cada uno de los profesores que hacen posible que día a día nos vayamos forjando como mejores profesionales, y que nos motivan a seguir adelante.

Un especial agradecimiento al Doctor Gonzalo Muñoz, profesor guía, catedrático, próximamente colega y más que nada un amigo.

Gracias a mis padres, Jaime Araujo y Giovanna Alvarez por toda el apoyo brindado a lo largo de mi vida y sobre todo durante esta etapa; Gracias por permitirme soñar.

DEDICATORIA

Le dedico este trabajo, y mi carrera entera a m hermana Ana Belén, que durante toda mi vida y sobre todo, en esta etapa que la hemos compartido juntas, ha constituido un verdadero soporte y apoyo, y la voz que toda persona necesita para saber que puede seguir adelante con sus ideales.

Para ti Hermani todo mi esfuerzo, y por cada uno de los sueños que tenemos juntas.

RESUMEN

La impugnación judicial de los actos administrativos se los puede realizar a través de dos recursos, dependiendo de la naturaleza del acto, ya sea el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, o el recurso objetivo de anulación o de exceso de poder. Ambos deben ser propuestos ante el Contencioso-Administrativo apegados a los principios de legalidad y del debido proceso. Los actos impugnables en estos casos son aquellos que de manera individual o colectiva están causando un perjuicio a las personas, y están afectando sus intereses.

Adicionalmente existe un procedimiento especial, el cual es propuesto cuando la propia Administración quiere dejar sin vigencia un acto emitido por ella misma, pero al no poder revocarlo por haber otorgado derechos subjetivos, ésta plantea la declaratoria de lesividad, seguida con su pertinente acción, para dejar sin efecto aquel acto emitido por ella misma, que le está causando un perjuicio. De igual manera, este es una acción planteada ante el Contencioso-Administrativo, siendo una impugnación judicial. Los actos administrativos impugnables en este caso, son aquellos que gozan de estabilidad, han otorgado ya un derecho subjetivo, y por su naturaleza, no pueden ser anulados, ya que esto conllevaría a que la persona afectada incurra en una acción posterior, por lo que se ha establecido un procedimiento especial para que la Administración Pública puede impugnar aquellos actos, aunque emitidos por ella misma, le están causando un perjuicio, por su falta de legitimidad, o alguno requisito para su plena validez.

ABSTRACT

The judicial opposition of the administrative acts can be realized through two resources, following the nature of the act, one is the subjective resource or of total jurisdiction, or the objective resource of cancellation or excess of power. Both must be proposed to the Contentious-Administrative Court, leading the principles of legality and the legal due process of law. The acts that are the court are able to know, are those that individually or collectively are causing damage to the people, and are affecting their interests.

Additionally a special procedure exists, which is proposed when the own Administration wants to leave without use an act emitted by their self, but it's not being able to revoke it, because that act just gave some subjective rights, this way, the Administration must propose the detrimental declaration, followed with it's pertinent action, to make that act that is causing a damage to the entity, emitted by their self as it never existed. This it is an action proposed to the Contentious-Administrative Court, being a judicial opposition. The administrative acts in this case that are proposed with the detrimental action, are those that enjoy stability, have granted or a subjective right, and by its nature, they cannot be annulled, since this would entail to that the affected person incurs a later action, reason why a special procedure has settled down so that the Public Administration can oppose those acts, although emitted by their self, are causing a damage to him, by its lack of legitimacy, or some requirement for its total validity.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| Introducción..... | 1 |
| 1 Capítulo I..... | 3 |
| Acto Administrativo..... | 3 |
| 1.1 Nociones Conceptuales..... | 3 |
| 1.2 Elementos del Acto Administrativo..... | 7 |
| 1.3 Requisitos Esenciales..... | 13 |
| 1.4 Clasificación de los Actos Administrativos..... | 14 |
| 1.5 Efectos del Acto Administrativo..... | 20 |
| 1.6 Anulabilidad del Acto Administrativo..... | 23 |
| 2 Capítulo II..... | 28 |
| Historia y Evolución del Derecho Contencioso Administrativo..... | 28 |
| 2.1 Revolución Francesa..... | 28 |
| 2.2 Reseña comparativa con los países anglosajones..... | 31 |
| 2.3 Influencia de legislación y doctrina de Argentina y España.... | 33 |
| 3 Capítulo III..... | 37 |
| Actualidad del Proceso Contencioso Administrativo..... | 37 |
| 3.1 Contencioso Administrativo en Latinoamérica..... | 37 |
| 3.2 Contencioso Administrativo en el Ecuador..... | 43 |
| 3.3 Jurisdicción Contencioso Administrativo..... | 45 |
| 3.3.1 Principios Fundamentales del Derecho Contencioso Administrativo..... | 48 |
| 3.3.2 Fundamentos del Proceso Contencioso Administrativo..... | 51 |
| 3.3.3 Finalidad del Proceso Contencioso Administrativo..... | 53 |
| 4 Capítulo IV..... | 56 |
| Impugnación a la Vía Contencioso Administrativa.... | 56 |

| | |
|---|-----------|
| 4.1 Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción..... | 59 |
| 4.2 Recurso Objetivo de Anulación o Exceso de Poder..... | 63 |
| 5 Capítulo V..... | 69 |
| Revocatoria de los Actos Administrativos..... | 69 |
| 5.1 Actos Administrativos que afectan al administrado..... | 69 |
| 5.2 Actos Administrativos que otorgan derechos subjetivos al administrado..... | 70 |
| 5.2.1 Declaratoria de Lesividad..... | 72 |
| 5.2.2 Recuso de Lesividad por parte de la Administración.. | 75 |
| 5.2.3 Procedimiento de Lesividad..... | 76 |
| 5.2.4 Casos prácticos de Lesividad..... | 83 |
| 6 Capítulo VI..... | 87 |
| Conclusiones y Recomendaciones..... | 87 |
| 6.1 Conclusiones..... | 87 |
| 6.2 Recomendaciones..... | 89 |
| Bibliografía..... | 92 |
| Anexos..... | 97 |

INTRODUCCIÓN

El presente estudio abordará primeramente, conceptos fundamentales y los requisitos esenciales que se requieren para la consecución de un acto administrativo, siendo que es el elemento principal, por así llamarlo, para llevar a cabo y concluir procesos administrativos. Se analizará los efectos que tienen estos actos, siendo que éste puede ser en firme o ejecutoriado, así como la manera en que se llega a emitir la nulidad de un acto administrativo ya emitido.

En un segundo capítulo se pretende realizar un análisis histórico y el pertinente desarrollo que ha venido teniendo el Derecho Contencioso Administrativo, desde su origen, hasta llegar a ser lo que actualmente conocemos. Como se originó a partir de la Revolución Francesa, y el porqué fue llamado éste como un proceso contencioso; la reseña comparativa que se hará con los países anglosajones, siendo que estos siempre han tenido un desarrollo jurídico distinto al de los países que descienden de la cultura romana; y finalmente la influencia que ha tenido la legislación y la doctrina Argentina y Española, ya que estos países han tenido gran desarrollo en el ámbito administrativo y contencioso administrativo, y de los cuales el Ecuador ha copiado acertadamente algunos aspectos relevantes.

Siguiendo con un tercer capítulo, se comentará sobre la actualidad del proceso contencioso administrativo. Como primer punto el desarrollo que éste ha tenido en general en los países latinoamericanos, para luego proceder a especificar el progreso que ha tenido específicamente en nuestro país. Se abordarán temas tales como los principios rectores del Contencioso Administrativo, y cuál es la finalidad que éste tiene al implantarse en una sociedad; qué es lo que protege y qué garantías son las que ofrece.

En el cuarto capítulo se explicará cómo se pueden impugnar actos dentro de la vía contencioso administrativa; cuáles son los recursos que se pueden implantar, y cuál es el procedimiento que tiene cada uno de ellos.

Así mismo se explicará los efectos que la impugnación de un acto administrativo puede llegar a tener, dependiendo del recurso que se plantea, y del acto de la administración pública que se esté incoando.

Finalmente, y en un quinto capítulo se topará el tema referente a la revocatoria de los actos administrativos. Se deberá primero señalar qué actos administrativos pueden afectar a los administrados, y causar una lesión a sus derechos subjetivos, de tal manera se explicará también cuáles son los actos que le otorgan derechos subjetivos a una persona.

Siendo que los actos que otorgan derechos subjetivos a los particulares, se podrían ver como irrevocables, se hablará sobre la Acción de Lesividad, único proceso posible, mediante el cual la Administración Pública, podrá revocar aquellos actos que le otorgaron al administrado ciertos derechos subjetivos. Se analizará en qué se fundamenta esta acción, cómo se la declara y el procedimiento que se debe seguir para proceder finalmente con la revocatoria pertinente del acto.

Para finalizar se analizarán casos prácticos, y se dilucidará si la Administración Pública ha planteado la Acción de Lesividad siguiendo los requisitos procesales y constitucionales de legalidad y del debido proceso.

CAPÍTULO I

EL ACTO ADMINISTRATIVO

1.1 Nociones Conceptuales

“Cada vez que decimos que la administración pública manifiesta su voluntad, lo hace a través de actos administrativos, por ello decimos que el acto administrativo es la expresión de voluntad por excelencia de la administración.” (Martínez González, 2011, p. C1)

El acto administrativo es aquella declaración de voluntad que finaliza con la consecución de un procedimiento dentro de cualquier trámite administrativo, y de las actividades realizadas por la administración pública, de ahí que se derive la importancia de conocer los conceptos establecidos por algunos autores y juristas importantes.

Como primer concepto, mencionaremos lo que el Dr. Guillermo Cabanellas de Torres menciona en su Diccionario Jurídico Elemental (1972, p. 13), sosteniendo que acto administrativo es *“la decisión general o especial que, en ejercicio de sus funciones, toma la autoridad administrativa, y que afecta a derechos, deberes e intereses de particulares o de entidades públicas.”* Por su parte, y considerando prudente mencionar a lo que un experto en Derecho Administrativo sostiene, procedo a citar al Dr. Juan Carlos Cassagne (2002, p. 47), señalando que *“la noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen exorbitante, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto.”*

Se puede entender entonces, que acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada por parte de la Administración Pública que produce efectos jurídicos individuales, directa y de manera vinculante. Este concepto lo podemos encontrar a su vez, ratificando lo mencionado, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) en su Artículo 65, que expresamente señala que acto administrativo: *“es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”* También lo ratifica el tratadista y jurista argentino Roberto Dromi, mencionado en el artículo de Diego Martínez González (2011, p. C1), en referencia al acto administrativo que *“característica fundamental del acto es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance solo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales.”*

Cabe hacer mención a lo que nuestra Constitución del 2008 dice con respecto a los actos administrativos, ya que en su Artículo 436 numeral 4, se señala que entre las atribuciones de la Corte Constitucional una que le permite: *“Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por autoridad pública...”*. Así como el autor del artículo publicado en el Diario La Hora (2011), le surgió la pregunta, sobre ¿qué son los actos administrativos de efectos generales?, a nosotros nos puede surgir la misma interrogante, ya que sin duda no es un tema que ha sido topado en las aulas de clases, y que lo único que encaja en lo que los legisladores quizá quisieron decir, es en relación a los actos normativos, que estos sí son de efectos generales, y de efectos individuales como en teoría se entiende que son los actos administrativos. Pero así mismo hay que ratificar lo que los legisladores en la Constitución han plasmado, ya que en efecto, los actos administrativos de efectos generales sí existen, y tienen pleno efecto jurídico, tal como en el artículo “El acto administrativo de efectos generales”, lo explica su autor Diego Martínez, citando incluso a grandes tratadistas internacionales, y de aquí dilucidaremos la duda que sin duda a muchos causaron los legisladores de Montecristi.

Para entender lo que se quiere decir con actos administrativos de efectos generales, mencionaremos el ejemplo citado también por Diego Martínez (2011, p. C1), *“la idea de la existencia de los actos administrativos de efectos generales tiene su origen en Alemania, el descubrimiento doctrinal de esta idea arranca de THOMA, quien al estudiar las características de la órdenes generales –esto es, dirigidas a una pluralidad de personas- que no tiene carácter normativo y que deben ser consideradas, en cambio como auténticos actos administrativos... El ejemplo típico que se menciona en estos casos es el de la orden dada a los habitantes de una determinada calle en un día de nevada para que dejen limpias las aceras.*

“Como se ve, la orden de policía para limpiar las aceras tenía efectos generales, pero no por eso tenía carácter normativo, pues se trataba de un simple acto administrativo.” (Martínez González, 2011, p. C1)

Siendo con este ejemplo claro esclarecer que la orden de policía se trataba únicamente de un acto administrativo de efectos generales, y por ende, no un acto normativo, como se ha entendido que son éstos los que tienen efectos generales.

“Toda disposición de carácter general será integrante del ordenamiento jurídico y el ordenamiento jurídico es general porque generales son los preceptos que lo componen.” (Martínez González, 2011, p. C1)

El tratadista Agustín Gordillo, en su obra “Tratado de Derecho Administrativo” (2006, p. 129), citando a Eduardo Ortiz, señala que *“el acto general tiene de común con el reglamento el sujeto indeterminado a que se dirige, pues va destinado a todo aquel que se encuentre en una determinada situación de hecho. Pero a diferencia del reglamento, tiene su motivo en un hecho concreto ya ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública dentro de esa circunstancia, logrando un resultado único e irrepetible y no meramente regular la conducta.”*

Como Gordillo lo establece, el acto normativo integra el ordenamiento jurídico de un Estado o nación específica y por ende es susceptible de una pluralidad de cumplimientos, ya que todas las personas, se deben acoger a lo que regle una sociedad; mientras que el acto administrativo de efectos generales se aplica a un hecho concreto y se consume con su cumplimiento singular, ya que si bien se expide, por así decirlo, a una pluralidad, se perfecciona con el cumplimiento individual y efectivo de cada una de ellas.

Estableciendo los criterios de algunos tratadistas sobre lo que se entiende como “acto administrativo de efectos generales”, ya se puede deducir una definición para éstos, y procedemos a citar a Jorge Zavala Egas (1999, p. 177), para quién acto administrativo de efectos generales es *“aquél que está direccionado a una pluralidad de personas que son indeterminadas.”* Como un ejemplo de este tipo de actos, se puede señalar el acto de convocatoria de los aspirantes a llenar una vacante de juez; y se diferencia del acto administrativo singular, de manera que éste va dirigido a una persona específica. Haciendo esta diferenciación cabe mencionar, la distinción que Zavala Egas (1999, p. 177) también hace para dilucidar las dudas entre acto normativo y acto administrativo de efectos generales, señalando que *“a diferencia del acto normativo, el acto administrativo de efectos generales se agota al momento de consumarse con su fin; pero no se convierte en derecho objetivo o fuente de derecho ni se convierte en parte integrante del ordenamiento jurídico.”*

De los conceptos utilizados y las explicaciones que algunos tratadistas han afinado en relación a los actos administrativos de efectos generales, podemos decir entonces que, la Constitución del 2008, en efecto se refiere a simples actos administrativos destinados a una pluralidad indeterminada de personas.

“El conjunto de actividades llevadas a cabo por la Administración Pública produce sus efectos en el plano externo, es decir, con repercusión directa sobre los administrados, así como en el orden interno de la propia organización administrativa, o bien puede generar otro tipo de

relaciones jurídicas, las cuales se caracterizan por crear un vínculo estrictamente inter-administrativo entre sujetos o entidades estatales.”
(Cassagne, 2002, p. 42)

En la actualidad con la evolución del derecho administrativo se entiende que todas las Administraciones Públicas pueden emitir actos administrativos, resoluciones, hechos administrativos, que por su propia naturaleza pueden ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

1.2 Elementos del Acto Administrativo

Para que un acto administrativo pueda existir se necesitan de ciertos elementos, sin los cuales no podría hacérselo efectivo; los elementos esenciales del acto administrativo son: competencia, objeto, voluntad y forma, los cuales deben coexistir simultáneamente.

Por su parte, Roberto Dromi señala también que hay ciertos elementos que son accidentales del acto administrativo, que pueden ser accesorios o eventuales, siendo estos la condición, el modo y el término. *“Estos, aunque no afectan su existencia, sí conciernen a su eficacia. Estos elementos pertenecen al cuándo y al cómo de la producción de los efectos jurídicos del acto.*

“Son elementos de legitimidad los que se relacionan con el cumplimiento de las normas positivas atinentes al acto, y son elementos de mérito los que se refieren al cumplimiento oportuno y conveniente de los fines del acto (...)”
(Dromi, 2009, p. 361)

- Competencia

“La competencia es la esfera de atribuciones de los entes y órganos, determinada por el Derecho objetivo o el ordenamiento jurídico positivo. Es decir, el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente (...)

“La observancia de la competencia es indispensable para la actuación válida del órgano. La competencia condiciona la validez del acto, pero no

su condición propia de acto estatal o no estatal (...)” (Dromi, 2009, p. 361)

La competencia debe ser el requisito primordial dentro de cualquier actuación jurídica, ya que careciendo de competencia, los actos dictados, no tendrían ninguna significancia para su eficaz aplicación. La competencia administrativa, en virtud de lo señalado por el ERJAFE en su Artículo 85, se mide en razón de la materia, el territorio y el tiempo.

Hay maneras que la competencia puede ser transferida de un órgano a otro, o de una persona a otra de mayor jerarquía. Los modos de transferir son la delegación, avocación, sustitución, subrogación, o suplencia.

“Todo órgano puede transferir el ejercicio de sus competencias propias a sus inferiores jerárquicos, salvo norma legal en contrario.

“La delegación debe ser expresa y contener, en el mismo acto, una clara y concreta enunciación de las tareas, facultades y deberes que comprende la transferencia de competencia.” (Dromi, 2009, p. 364)

La legislación ecuatoriana, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en relación a la delegación de atribuciones, en el Artículo 55 señala que *“las atribuciones propias de las diversas entidades y autoridades de la Administración Pública Central e Institucional, serán delegables en las autoridades u órganos de inferior jerarquía, excepto las que se encuentren prohibidas por la Ley o por Decreto. La delegación será publicada en el Registro Oficial.*

“Los delegados de las autoridades y funcionarios de la Administración Pública Central e Institucional en los diferentes órganos y dependencias administrativas, no requieren tener calidad de funcionarios públicos.”

En relación a las resoluciones dictadas por delegación, el ERJAFE señala en su Artículo 59 que serán tomadas como emitidas por el órgano o autoridad delegante.

La avocación, al contrario que la delegación, significa que el órgano superior puede asumir las competencias de sus inferiores, *“avocándose al conocimiento y a la decisión de cualquier cuestión concreta (...)”* (Dromi, 2009, p. 365). Por su parte, nuestra legislación, en el Artículo 60 del ERJAFE establece expresamente que *“los organismos administrativos jerárquicamente superiores podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda por atribución propia o por delegación a los órganos dependientes, cuando lo estimen pertinente por motivos de oportunidad técnica, económica, social, jurídica o territorial.”*

La sustitución se da lugar cuando *“el superior común a dos órganos puede disponer la transferencia de la competencia de uno a otro en procedimientos concretos, cuando las necesidades del servicio lo hagan conveniente, salvo que norma legal o reglamentaria lo prohíba. El acto de sustitución produce efectos desde su notificación.”*

“En caso de excusación o recusación, la competencia se transfiere del órgano excusado o recusado al subrogante previsto por el ordenamiento jurídico. A falta de previsión, deberá ser designado por el superior jerárquico del órgano subrogado.” (Dromi, 2009, p. 365)

La sustitución, dando una breve explicación de lo que es, el ERJAFE lo señala en el Artículo 62 como la competencia que tiene el superior jerárquico de suplir al inferior en el cumplimiento de actos administrativos.

La suplencia por su parte, se da en los casos en que se debe elegir un “suplente”, como su nombre lo indica, en momentos de ausencia temporal o definitiva de un funcionario. *“El suplente sustituye al titular para todo efecto legal, y ejerce las competencias del órgano con la plenitud de facultades y deberes que ellas contienen.”* (Dromi, 2009, p. 365). La suplencia, como el mismo Dromi lo establece, y lo ratifica la legislación aplicable en nuestro país, se aplica en casos de ausencia o ausencia temporal, tal como lo establece el Artículo 63 del ERJAFE, y se establece que *“(…) los titulares de los órganos administrativos serán sustituidos por quienes designe el órgano nominador y si éste no le hiciera en el plazo de cinco días deberá hacerlo, transitoriamente, el órgano administrativo inmediato superior.”*

Establecidas las formas en que se pueden transferir la competencia de un funcionario a otro, o entre diversos órganos, se debe mencionar que, las normas de competencia establecidas por cada ordenamiento jurídico, deben ser de obligatorio cumplimiento, para que la procedibilidad de todos los actos emitidos no genere vicios que los lleve a la nulidad.

- Objeto

El objeto es la materia sobre la que versa su emisión. El objeto siempre debe ser preciso, cierto, claro, y más que nada, su cumplimiento debe ser posible física y jurídicamente. Debe ser lícito, posible y determinado. Es decir, a qué personas va dirigido, cuándo generará los efectos jurídicos que en sí mismo contiene, en que lugar, y el tipo específico de acto de que se trata.

El objeto es parte del acto de manera que es éste el que permite individualizarlo y exteriorizarlo.

- Voluntad

Dromi señala que dentro de la voluntad administrativa existen elementos subjetivos y objetivos, *“elementos subjetivos (intelectivos de los órganos-individuos), y objetivos (normativos procesales). Así, la voluntad del acto administrativo está compuesta por la voluntad subjetiva del funcionario y la voluntad objetiva del legislador.”* (Dromi, 2009, p. 368)

La voluntad puede ser expresada de manera expresa o tácita. Para el caso específico de manifestación de voluntad de un acto administrativo, ésta se manifiesta a través de la oralidad o un escrito, cuando es voluntad expresa; mientras que la voluntad tácita se hace evidente cuando el silencio administrativo se hace efectivo, y según nuestra legislación aceptando la emisión de un determinado acto.

“La voluntad administrativa debe ser libre y conscientemente emitida, sin que medie violencia física o moral (...) Además, la voluntad del órgano administrativo no debe ser inducida a error, ni puede estar viciada de dolo.”

“El error en cuanto vicio de la voluntad solamente existe cuando el administrador emite un acto distinto del que tenía voluntad de emitir (...)

“El acto está viciado por dolo del administrado. En este caso, no se trata de una mera omisión o error culposo del administrado, sino de dolo; además, se requiere que tal dolo sea previo a la emisión del acto administrativo y que haya sido determinante para la adopción de la decisión.” (Dromi, 2009, p. 371)

Se entiende, con lo señalado, que el acto administrativo, debe ser claro y puro; el incurrir en algún vicio lo llevará a la nulidad, de lo cual se hablará posteriormente. Para que se pueda emitir de manera correcta el acto administrativo, es el administrado, por su parte el que debe proporcionar al funcionario los documentos pertinentes, lícitos e incurrir siempre en una actividad de carácter legal dentro de la sociedad, para que los vicios no se hagan presentes al momento de emitir el acto, y que no medie ni error, ni dolo por parte del funcionario que lo emite. En caso de que sea el administrado, el que incita al funcionario a recaer en algún vicio, por la naturaleza del negocio, o por el mero hecho de estar otorgando documentos falsos, el funcionario, estudiando la causa, deberá recusarse de emitir algún acto vinculado con la voluntad del administrado.

- Forma

La forma es la manera en que se exterioriza la voluntad de la administración.

Como lo explica Dromi (2009, p. 374), *“las manifestaciones exteriores tendientes a hacer conocer el objeto del acto administrativo (...), pueden instrumentarse de distinta manera. Es decir, que el acto administrativo puede instrumentarse de forma escrita, oral o por medio de otros signos. En el acto tácito no hay instrumentación sino solo ficción legal.”*

La regla general, es que los actos administrativos sean emitidos por escrito, ratificando esta característica el Artículo 123 del ERJAFE, numeral 1; en su numeral 2, señala que *“en los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede, si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia*

deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.”

1.3 Requisitos Esenciales

Para la emisión de un acto administrativo, se requieren de ciertos elementos que ya fueron mencionados previamente, pero para su ejecución efectiva y eficaz se requiere de ciertos requisitos que se dan simultáneamente con los elementos que ya hemos mencionado. Sin esta conjunción de elementos y requisitos esenciales, el acto administrativo no se podría llegar a perfeccionar. Los requisitos necesarios, son la aprobación, motivación y notificación, requisitos de los cuales Roberto Dromi nos da una breve explicación.

- Aprobación

“La aprobación se realiza sobre actos ya formados, con el objeto de permitir su ejecución y eficacia. El acto sujeto a aprobación no constituye un acto administrativo, pues no produce efectos jurídicos hasta que se dé la aprobación. Si el acto, a pesar de no haber sido aprobado, es ejecutado, también su ejecución está viciada.

“Es declarativa, por cuyo motivo los efectos del acto aprobatorio se producen retroactivamente a la fecha del acto originario, y no desde la del acto de aprobación.” (Dromi, 2009, p. 372)

Pese a que el acto este sujeto a aprobación, sus efectos se darán desde la fecha en que el acto fue emitido, como Dromi claramente lo señala.

- Motivación

La motivación se la puede entender como la sustentación doctrinaria y legal que se le da a la emisión de un acto o resolución.

En palabras del tratadista, Roberto Dromi, la motivación es *“la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han incluido a la emisión del acto (...). Lo constituyen, por tanto, los “presupuestos” o “razones” del acto. Es la fundamentación fáctica y*

jurídica de él, con que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión.” (Dromi, 2009, p. 376)

- Notificación

Cabanellas (1972, p. 214), en su diccionario jurídico establece que notificación es el *“acto de dar a conocer a los interesados la resolución recaída en un trámite o en un asunto judicial.”*

La notificación es la forma de publicidad del acto administrativo. Dromi (2009, p. 378) dice que *“el acto que no ha sido notificado no produce efectos jurídicos inmediatos (...)*

“El acto administrativo carece de eficacia mientras no sea notificado al interesado. La comunicación del acto afecta a la vinculación o sujeción del administrado.”

Se puede entender entonces, que sin la notificación pertinente, el acto administrativo no se perfecciona, y por ende no produce los efectos jurídicos necesarios para su plena eficacia. Es indispensable por lo tanto que la Administración Pública se encargue de éste acto, cumpliendo con los tiempos que la ley le establezca.

En el ERJAFE, en el Artículo 126 se habla sobre la notificación de los actos, estableciendo en su numeral 2, que la notificación *“se la deberá practicar dentro del plazo de 10 días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado (...)”*

1.4 Clasificación de los Actos Administrativos

Existen sin número de clasificaciones en relación a los actos administrativos, pero se desarrollará la clasificación planteada por el Doctor Jorge Zavala Egas, dentro de su obra de Derecho Administrativo.

Zavala Egas ha procedido a clasificar a los actos administrativos en: actos expresos y tácitos o presuntos, actos singulares y generales, actos constitutivos y meramente declarativos, actos reglados y discrecionales, actos resolutorios y de simple administración, actos firmes, consentidos y

confirmatorios, actos favorables y actos de gravamen, y finalmente actos regulares e irregulares. A continuación daremos una explicación sobre cada una de las divisiones que el autor señalado ha realizado en su obra.

- Actos expresos u tácitos o presuntos

“(...) son expresos los actos que contienen declaraciones formalmente realizadas por el órgano y generalmente constatables por escrito.

“Son tácitos o presuntos, aquellos en los que la declaración orgánica administrativa no se manifiesta formalmente, sino que solo se presume (...)” (Zavala Egas, 1999, p. 177). Aquellos actos expresos son por tanto, los que ya se han exteriorizado, teniendo una resolución o respuesta por parte del órgano competente de emitirlo, mientras que los presuntos, son los que se espera que se emitan, y en caso de no hacerlo se pretende su exteriorización a través del silencio administrativo. Con lo mencionado en relación al silencio administrativo, podemos hacer hincapié a manera de concordancia con lo que el Artículo 28 del ERJAFE señala en virtud del Derecho de petición, diciendo que *“todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación (...)”*, tiempo dentro del cual se llegará a determinar si se trata de un acto expreso o tácito.

- Actos singulares y generales

“(...) son singulares cuando los efectos son hacia una sola persona o un grupo determinado de personas y generales cuando están direccionados a una pluralidad de personas, pero que son indeterminadas (...)” (Zavala Egas, 1999, p. 178)

- Actos constitutivos y meramente declarativos

“(...) (constitutivos) cuando crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas subjetivas o alteran las relaciones jurídicas de cualquier modo (...)

“(declarativos), cuando tan solo tiene por objeto reconocer que existen esas situaciones jurídicas subjetivas o cualquier otra relación (...)”
(Zavala Egas, 1999, p. 178)

En el caso de actos constitutivos, se puede poner de ejemplo el nombramiento de un funcionario; mientras que en el caso de declarativos es un acto emitido en virtud de la inscripción de algún bien en el Registro de la Propiedad.

- Actos reglados y discrecionales

“(...) (sin poder introducir elemento alguno imputable a su voluntad), se denominan reglados, mientras que son discrecionales aquellos en los que la construcción normativa de la potestad permite justamente la introducción de tales elementos radicados en la voluntad de la Administración actuante.” (Zavala Egas, 1999, p. 179)

Cabe hacer mención que, en el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad, en su Artículo 2, se establece que *“La discrecionalidad respaldada por el Derecho implica la elección de entre varias opciones igualmente válidas, dentro de los límites de la potestad y de la competencia del órgano. Todo acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad discrecional reglada es impugnabile en vía administrativa o judicial.”*

- Actos resolutorios y de simple administración

“Los actos administrativos son eminentemente resolutorios, desde su concepto mismo, pues son los que producen efectos jurídicos individuales de forma directa y, por lo tanto, ponen fin a un procedimiento administrativo, esto es, causan estado (...)” (Zavala Egas, 1999, p. 182)

Por su parte los actos de simple administración están definidos en el Artículo 70 del ERJAFE, y se señala que *“son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos, hechos administrativos, dictados en su consecuencia.”* Cabe señalar lo que también el Artículo 74 de la ley en mención establece, en relación a la impugnación de este tipo de actos, refiriéndose entonces que *“los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables.”*

- Actos firmes, consentidos y confirmatorios

“Acto firme es aquel respecto del cual no se hubiere presentado reclamo o recurso alguno dentro del término que la ley disponga. Se diferencia del acto definitivo que se distingue por decir un asunto por el fondo poniendo punto final a un procedimiento administrativo; pero que, por ello, es impugnable.” (Zavala Egas, 1999, p. 184). Se entiende entonces, con lo establecido por el autor Zavala Egas, que los actos firmes, pese a ser perfectamente impugnables, las partes no han impugnado nada con respecto a ningún aspecto, dentro del tiempo que la misma ley les otorga.

“Se cualifica como acto consentido aquel que se cumple voluntariamente por el administrado o el que no es objeto de impugnación o recurso por propia voluntad del particular afectado.

“Los actos confirmatorios son los que reproducen de otro u otros anteriores, en los que puede haber diferencias en su texto literal, pero que requieren de total identidad en todos los elementos entre el original y el que lo confirma o lo reproduce.” (Zavala Egas, 1999, p. 185)

Los actos consentidos se pueden entender entonces como aquellos que el particular está de acuerdo con la resolución emitida, sea del carácter que sea, y por dicho motivo, el particular está dispuesto a cumplirlo a cabalidad; mientras que por su parte Zavala Egas (1999, p. 185) hace una explicación sobre el contenido del que debe versar el acto confirmatorio, en virtud de que se tratan de dos actos, aunque no simultáneos, pero que si se suscitan sobre el mismo tema, estableciendo lo siguiente:

“1. la identidad del contexto, y, en concreto, de las circunstancias procedimentales en la que se dictan ambas resoluciones, la inicial y la que confirma o reproduce.

“2. los dos actos deben referirse a los mismos hechos y producirse sobre la base de los mismos fundamentos jurídicos.

“3. el segundo acto del que se predica la confirmación o reproducción debe tener por objeto precisamente las pretensiones ya resueltas por el acto primer y con relación a idénticos interesados.

“4. el contenido del segundo acto no debe contener declaraciones esenciales distintas de las efectuadas en el primero (es decir, que no amplíe o restrinja éste).”

- Actos favorables y actos de gravamen

“Los actos favorables son positivos, para el o los destinatarios, en cuanto a la ampliación de sus bienes jurídicos, dándoles o reconociéndoles un derecho o una facultad, desobligándose del cumplimiento de un deber, en definitiva, causando una ventaja para el administrado.

“Los actos de gravamen o desfavorables que, por el contrario, limitan los bienes jurídicos de los destinatarios de los mismos, imponiéndoles obligaciones o nuevos deberes, limitando, extinguiendo un derecho o una facultad existentes.” (Zavala Egas, 1999, p. 185 - 186)

En el ERJAFE, en el Artículo 170 se habla sobre revocación y rectificación de errores, hablando en virtud de los actos desfavorables o de gravamen estableciendo que *“1. La Administración pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad al interés público o al ordenamiento jurídico (...)”*

Un ejemplo de acto favorable, con lo cual se puede entender con facilidad el objeto jurídico sobre lo que versan estos actos, pueden ser por ejemplo la condonación de una deuda, siendo que esto es perfectamente favorable para el particular a quien se le otorga este beneficio. Por su parte, los actos favorables también pueden otorgar derechos a particulares, siendo que para dejarlos sin efecto se tendría que recurrir a la acción de lesividad, tema del cual se hablará mas adelante.

Por su parte, los actos desfavorables, para dar a su vez un ejemplo pueden ser en el caso de una expropiación, la disminución de la propiedad estableciendo nuevos linderos, recibiendo de esta manera un daño real.

- Actos regulares e irregulares

“Los actos administrativos regulares que son los actos válidos y los que son anulables; (...) el acto administrativo nulo, que se considera “irregular”...” (Zavala Egas, 1999, p. 186 – 187)

1.5 Efectos del Acto Administrativo

Como es lógico, y sabiendo la finalidad de los actos administrativos, con facilidad se deduce que estos producen efectos en el plano externo, es decir frente a los administrados; estos se presumen válidos y con plenos efectos jurídicos desde la fecha de emisión, salvo disposición en contrario.

Juan Carlos Cassagne, en su libro de Derecho Administrativo (2002, p. 51 – 52), explica los efectos del acto administrativo diciendo que *“en el acto administrativo lo esencial para tipificar el efecto jurídico causado es que el mismo se produzca en forma directa incidiendo en la relación sustancial con el particular. Por “efectos jurídicos” deben entenderse aquellos que surgen del propio acto, quedando, por tanto, fuera del concepto del acto administrativo los actos carentes de efectos jurídicos y aquellos otros que solo repercuten indirectamente en la esfera de los administrados, los cuales constituyen meros actos internos o inter-orgánicos(...)*

“En suma, el dato del carácter directo del efecto ha de vincularse a un destinatario ajeno a la Administración, por cuya causa solo se concibe la existencia del acto administrativo cuando sus efectos alcanzan la esfera jurídica de los administrados o terceros afectando la relación jurídica sustancial que los vincula (...)”

Los efectos que se derivan de los actos administrativos emitidos por la Administración Pública, son vinculantes tanto para ella en el sentido de que debe regular aquello que ha emitido, como para el administrado que se ve directamente vinculado con ese acto. Para determinar el alcance de los efectos jurídicos que se desprenden de un acto administrativo, es conveniente definir el contenido del mismo acto.

Como primer punto se debe tomar en cuenta que los efectos del acto administrativo son de carácter directo, ya que surgen de su emisión, y no están

sujetos a la emanación de un acto posterior. Gordillo en su libro Tratado de Derecho Administrativo (2006, Cap. I), señala que *“así el dictamen vinculante que la administración esté obligada a seguir es un acto productor de efectos jurídicos, en cuanto el orden jurídico establece un nexo entre su emisión y determinados efectos jurídicos. Pero no es un acto administrativo en el sentido propio del término, porque los efectos jurídicos no surgen directamente del acto, sino indirectamente. Es, pues, un acto de la administración o preparatorio, no un acto administrativo, a pesar de ser un dictamen vinculante.*

“Los efectos jurídicos han de emanar directamente del acto mismo: solo entonces son inmediatos; no basta con decir que la actividad es jurídicamente relevante, o que produce efectos jurídicos ya que siempre es posible que surja, en forma indirecta o mediata, algún efecto jurídico: debe precisarse que el efecto que el acto es apto para producir debe ser directo o inmediato, surgir del acto mismo y por sí solo, para que la clasificación tenga entonces un adecuado sentido jurídico preciso.”

Sus efectos pueden ser individuales como generales, como ya se explicó con anterioridad, aunque por regla general, estos sean emitidos con una finalidad meramente individual. Los efectos jurídicos deben ser actuales, aunque su plena ejecución sea de realización futura.

Los efectos del acto administrativo están a su vez destinados a su ejecución en el ámbito público, aunque por excepción pueden estar comprendidos dentro del derecho privado; existen pues actos de aplicación en el ámbito público, y otros cuyo campo de aplicación será dentro del derecho privado, pero cabe recalcar que se tratará únicamente de su objeto, ya que como tal, un acto administrativo, siendo que siempre será emitido por la administración pública, será de carácter público, aunque su objeto se desarrolle en el campo privado, y este sentido, tengan normas de aplicación de derecho privado.

Los actos administrativos pueden ser provisionales o definitivos según el negocio jurídico de fondo, al objeto en sí. El acto definitivo resuelve o concluye con la cuestión a que se esté dando trámite; mientras que el acto provisional, no concluye con la cuestión de fondo a pesar de que siempre va a conllevar a una resolución que nos enfoque a la cuestión de fondo que se está pretendiendo alcanzar. Gordillo en su obra ha procedido a citar a Eduardo Ortiz, para definir lo que se entiende por acto impugnabile en cuanto acto definitivo, describiendo que *“el acto definitivo es el que resuelve sobre el fondo del problema planteado por la necesidad administrativa o la petición del particular, y produce efecto externo creando una relación entre la administración y las demás cosas o personas. Su nota fundamental está en su autonomía funcional, que le permite producir derechos y obligaciones y lesionar o favorecer por sí mismo al particular. Se trata siempre de manifestaciones de voluntad, que en forma definitiva definen el negocio planteado a la administración, sin supeditar su efecto a condiciones o plazos suspensivos. El acto definitivo es el único normalmente impugnabile por sí mismo, porque es el único capaz por sí para producir el agravio al derecho subjetivo y al interés del administrado.”* (2006, Cap. II)

Los efectos jurídicos del acto administrativo son para el futuro por regla general, y por excepción puede tratarse de actos administrativos que apliquen retroactivamente, siempre que no lesionen derechos adquiridos, cuando se los emita en sustitución de otro revocado o cuando favorecieren al administrado.

Una vez emitido el acto administrativo, para que éste produzca plenos efectos jurídicos, es necesario que sea notificado a sus interesados; tanto el acto, como la notificación se producen en momentos diferentes, primero se desarrolla el acto escrito, luego se procede con la notificación. *“El texto que está en el bolsillo siguen siendo un proyecto de acto hasta que salga a la luz con la notificación. Hasta que esto último no ocurra no es aún un acto, puede ser destruido (no revocado, sino roto, arrancado, etc.), no genera responsabilidad, no crea derechos ni deberes, etc.”* (Gordillo, 2006, Cap. V)

Se entiende que el acto administrativo debe estar destinado a producir efectos jurídicos lícitos. Siendo que pueden existir actos jurídicos ilícitos, Gordillo (2006, Cap. V) sostiene que *“actos administrativos que, sin perder su calidad de tales, tienen vicios que los tornan ilegítimos o inválidos, es decir ilícitos o antijurídicos. Que la administración haya tenido en mira precisamente esos efectos, o que por un error haya dictado un acto destinado a producir efectos contrarios a derecho, no ha de privar a su acto de la condición de acto administrativo.”*

Se entiende por lo tanto que la emisión de un acto administrativo, siempre va a ser emitido de manera lícita, caso contrario no llegaría a ser perfectamente exteriorizado; pero pese a que un acto administrativo sea emitido de buena fe, esto no ratifica que su contenido tenga la misma característica de legitimidad, y por ende recae en vicios que lo llevan a la nulidad, que sin embargo, no le quitan la calidad de acto administrativo como tal, emitido con los requisitos y elementos fundamentales; siempre que estos hayan sido aplicados correctamente, el acto administrativo existirá, a pesar de que sus resultados no puedan ser plenamente consumados.

1.6 Anulabilidad del Acto Administrativo

La definición de Anulabilidad, está dirigida a la efectiva eliminación o no del acto bajo determinadas condiciones. *“Los efectos de un acto administrativo gravemente ilegal son anulables (...), aquél deja de producir efectos, pero los efectos que ya ha producido se respetan y mantienen en la vida jurídica.”* (Boquera, 1988, p. 110 – 111)

La Anulabilidad de un acto administrativo viene dado por la ilegitimidad de los efectos que produce. De esta forma, un acto administrativo de efectos ilícitos, *“consagrado en muchas instituciones de derecho administrativo: a) se ha dicho así que un acto administrativo regular, aunque viciado en grado de Anulabilidad, tiene presunción de legitimidad y debe cumplirse mientras su vicio*

no sea declarado por autoridad competente; se postula en cambio que esa característica no es denotable del acto nulo o nulo de nulidad absoluta en otra terminología; b) como consecuencia de lo anterior, cuando el derecho argentino establece que los actos administrativos viciados deben impugnarse ante los tribunales judiciales (...), está admitiendo también que el acto viciado es o puede ser del Estado; c) cuando se afirma que los actos administrativos que reconocen derechos subjetivos son irrevocables en sede administrativa aunque adolezcan de un vicio leve, también se reconoce que el acto no ha perdido su calidad de tal a pesar del vicio que tiene, d) en materia de funcionarios de hecho – aquellos que tienen un nombramiento irregular – se admite también que sus actos son administrativos, válidos o anulables según el caso, pero administrativos al fin.” (Gordillo, 2006, Cap. IX)

Por su parte Dromi (2009, p. 400), y siguiendo el criterio que ha establecido el tratadista Gordillo, sostiene que *“el acto viciado es el que aparece en el mundo jurídico por no haber cumplido con los requisitos esenciales que atañen a su existencia, validez o eficacia. El defecto, vicio o irregularidad afecta al acto en la medida o magnitud del incumplimiento del requisito concretamente violado. La consecuencia que hay que asignar al acto viciado no depende de supuestos apriorísticos, sino de la importancia que en cada caso tenga el vicio cometido.”* Con lo anteriormente dicho, citando a los dos tratadistas argentinos, y con su mismo criterio, agrega Gordillo (2006, Cap. IX) que *“si los efectos del acto jurídico son ilícitos o antijurídicos el acto estará viciado de nulidad o Anulabilidad, según los casos, pero no por ello deja ser conceptualmente un acto administrativo.”* Criterio con el que sin duda se debe estar de acuerdo, y que ya se lo mencionó con anterioridad, al igual que con el de Dromi que habla en general de la falta de cumplimiento de los requisitos esenciales, y no únicamente de los efectos del acto administrativo, ya que la antijuridicidad de un acto emitido, siguiendo con todos los procedimientos y requisitos legales para su validez, no le quita el carácter de acto administrativo emitido con las solemnidades requeridas para el caso; el hecho de que el acto esté viciado, simplemente lo nulita, pero no le quita la calidad de haber sido emitido como

tal; *“Las consecuencias de la declaración de que un acto es gravemente ilegal son las que corresponden por naturaleza a la declaración de que un acto administrativo es ilegal: Deja de producir efectos; el autor del acto puede remediar su ilegalidad (...)”* (Boquera, 1988, p. 113). Pero así mismo tomando lo expuesto por Dromi, también se debe tener en cuenta que la falta de alguno de los requisitos esenciales, no le quitan la calidad de acto administrativo como tal, ya que pese a la falta de solemnidades carece de efecto y de legitimidad, mas no el carácter con el que fue emitido y su finalidad.

Por lo dicho nos apegaremos más a lo establecido por Dromi, entendiendo así que los elementos esenciales para la validez de un acto, y como se lo ha señalado anteriormente, y para que éste no caiga en la nulidad de los efectos causados, son la competencia, la voluntad, el objeto y la forma.

Dromi en su obra de Derecho Administrativo (2009, p. 406), señala las diferencias entre las nulidades civiles y las administrativas, sosteniendo que *“las nulidades civiles se conciben como sanción por la ausencia o alteración de un elemento consecutivo del acto; en cambio, las nulidades administrativas no dependen exclusivamente del elemento viciado, sino de la importancia de la infracción al orden jurídico, es decir, de la significación y gravedad del vicio. La mayor o menor gravedad del vicio determina el grado de nulidad que corresponde al acto. En caso de duda acerca de la importancia y calificación del vicio que afecta al acto administrativo, hay que atenerse a la consecuencia más favorable del mismo.”*

En nuestro país nos remitimos a las normas emitidas en el ERJAFE, dentro del capítulo referente a “La Extinción y Reforma de los Actos Administrativos”, tomando en cuenta que la extinción de un acto se da cuando se declara su nulidad, tema pertinente dentro de éste capítulo. En el Artículo 89 sostiene que *“los actos administrativos que expidan los órganos y entidades sometidos a este estatuto se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado.”*

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

“También se podrán extinguir los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos que incidan en las instituciones u órganos administrativos sujetos al presente estatuto.” Con lo referente a éste artículo, nuestra legislación se apega a la teoría expuesta por Dromi en líneas anteriores, en relación a los elementos esenciales del acto administrativo.

Continuando con lo que nuestra legislación señala, el artículo 93 del mismo cuerpo en mención dice que *“cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no puedan ser convalidados o subsanados (...)”*. Los vicios que impiden la convalidación del acto, están establecidos en el Artículo 94, considerándolos nulos de pleno derecho y 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; y,

“c) aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.

“Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.” Existen también ciertos actos que contienen vicios que son susceptibles de convalidación, y están establecidos dentro del Artículo 95, y señala que *“todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas en el artículo anterior, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean*

encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.

“Si el vicio es de incompetencia por el grado, el acto viciado será convalidado por la autoridad jerárquica superior y si el vicio consistiere en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de la misma por el órgano o autoridad competente.”

CAPÍTULO II

HISTORIA Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

2.1 Revolución Francesa

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa tiene sus orígenes, así como muchas ramas del derecho, en Francia, y se desarrolla con mayor eficacia a raíz de la Revolución Francesa, por lo que es pertinente mencionar acerca de sus antecedentes.

Aunque antes de la Revolución Francesa se empezaron a dar acontecimientos, los cuales daban inicio a una Jurisdicción Contenciosa, con la Revolución esto se ratificó, y se tiene como fundamentos la Ley de Organización Judicial de 1790, la Constitución Francesa de 1791 y la Ley 16 de Fructidor del año III de 1795. El profesor y abogado venezolano, Carlos Rafael Pérez Marchan (2009), señala como postulados de esta etapa pre revolucionaria, y revolucionaria que *“ante los enfrentamientos surgidos en la Francia pre revolucionaria, en los últimos años del siglo XVIII, entre los parlamentos (tribunales civiles) ocupados por los nobles, y la administración del rey, que terminaron por inmovilizar la monarquía y provocar la crisis.*

“La nueva administración surgida de la revolución, temerosa de que los jueces obstaculizaran las reformas proyectadas, prohibió en forma absoluta la injerencia del poder judicial en la actividad administrativa bajo el dogma de que: “juzgar a la administración es también administrar.”

“El resultado fue pues, la imposibilidad para los órganos del Poder Judicial entrar a revisar la conformidad a derecho de los actos dictados por la Administración. Lo cierto es que se está ante un principio (el de

separación de poderes) interpretado a la luz de una tradición y a la vez de unos fines determinados. En tal razón, para juzgar al ejecutivo, se elimina la posibilidad de atribuir esa función al Poder Judicial, con el fin de evitar intromisiones de ese último en las funciones administrativas.”

Una segunda etapa que menciona el Abogado Venezolano, es la que el denomina “La Solución del Ministro-Juez”, etapa dentro de la cual establece que *“como los litigios contra la Administración escapaban del conocimiento de los tribunales, se establece que es el Rey, y luego los Ministros, quienes conocen de tales causas, para no incurrir en denegación de justicia.*

“El sistema no ofrecía seguridades a los particulares ya que se trataba de un árbitro interesado, es decir, un juez y parte, con lo que sencillamente, no puede hablarse de un verdadero juzgador si su actuación no viene presidida por el principio de la imparcialidad.” (Pérez Marchan, 2009)

La expresión contencioso-administrativa procede de la Revolución Francesa se pretendía para [la Administración funciones](#) como la de la justicia. Cuando se comenzó a utilizar en Francia la palabra “contencioso” se la entendía como litigio; por su parte “administrativo” se entendía en esta época como la dirección ejecutiva de personas, y por ende, era la materia correspondiente a esta clase de litigio, y se la fue entendiendo como “litigio administrativo”, y en su origen solo comprendían controversias suscitadas en la Administración Pública.

La tercera etapa señalada por el venezolano Pérez Marchan (2009), es La Comisión del Contencioso y la Sección del Contencioso del Consejo de Estado, fundamentando en la Ley Pluvioso de 1806; dentro de esta etapa se postula que *“se crean los órganos consultivos de la Administración: El Consejo de Estado para la Administración Central, y los Consejos de Prefectura para los Prefectos (órganos del Poder Nacional desconcentrados territorialmente) con funciones consultivas y jurisdicción administrativa. La separación de poderes se refiere a las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Judicial, en cambio la separación de funciones (una técnica de división del trabajo) es admisible*

dentro del Ejecutivo, por lo que algunos funcionarios se especializan en los asuntos contenciosos en que la misma Administración es parte. De igual forma se concibe la entonces Comisión del Contencioso desde 1806 (origen de la sección del contencioso), especializada en el enjuiciamiento de litigios a título de justicia retenida. Se trató entonces de crear una nueva separación entre la función activa y la función jurisdiccional en el seno de la Administración.”

“Jurisdicción Contencioso – Administrativa, identifica al mismo tiempo dos funciones más contradictorias: litigios jurisdiccionales resueltos por órganos de la Administración Pública. (...) la nueva frase se oponían a la teoría de la división de poderes, ya que, la referida frase reconocía funcionalmente al mismo poder que había dictado o realizado “el entuerto” la facultad de juzgarlo por sí mismo. Es decir, que la Administración Pública juzgaba como juez sus mismos actos.” (López Martínez, 2000)

La cuarta etapa, se pasa a eliminar la justicia retenida, característica en la tercera etapa, y se implanta la justicia delegada. Su principal fundamento es la Ley del 24 de mayo de 1872 y la Sentencia Cadot del 3 de diciembre de 1889; *“en este fallo se abandonó la costumbre de que el Consejo de Estado actuara como juez de apelación del ministro, el mismo impone al Consejo de Estado, una actuación como un juez ordinario en materia administrativa.*

“Reconoce al Consejo de Estado como un verdadero tribunal administrativo al darle potestad de ejercer por sí mismo la jurisdicción contencioso – administrativa (aún cuando se conserva la tradición de que no forma parte del Poder Judicial desde el punto de vista orgánico), y es él quien decide los recursos contenciosos.

“A partir de este hecho se está en presencia de la justicia delegada (el pueblo delega la potestad de administrar justicia).” (Pérez Marchan, 2009)

La quinta y última etapa es la que tiene una tendencia hacia la judicialización del contencioso administrativo francés, fundamentándose en la Ley de 1953. *“La evolución posterior tiende a la separación entre la jurisdicción administrativa y la administración activa y hacia a una paulatina analogía de los procedimientos de la jurisdicción contencioso – administrativa respecto de los procedimientos judiciales.*

“En 1953 se crean los Tribunales Administrativos Provinciales como sustitutos de los Consejos de Prefectura. Los reorganizados Consejos de Prefectura, ahora tribunales administrativos, son jueces de derecho común, ello implica que el Consejo de Estado solo conoce en primera instancia de asuntos particularmente importantes, y de los restantes como juez de apelación o casación de ciertos contenciosos especiales.

“En la actualidad el Consejo de Estado Francés además de su función jurisdiccional, también mantiene funciones consultivas.” (Pérez Marchan, 2009)

El derecho administrativo francés ha dado origen al régimen administrativo de la mayoría de los países latinos, tanto con su influencia en el continente europeo, como en el americano; sin embargo, su forma no ha sido totalmente influenciada en estos países, ya que resultaría difícil influenciar a cabalidad algo que se vino dando con la evolución y la tradición de una nación. Pese a lo referido, es en éste Estado donde el contencioso administrativo, surgió y de aquí que tenga la trayectoria e importancia dentro de las sociedades que ha venido teniendo a lo largo del tiempo, dentro de la evolución social y jurídica a nivel mundial.

2.2 Reseña comparativa con los países anglosajones

Hay que recordar que el sistema jurídico anglosajón, ha tenido un desarrollo distinto al francés, y se ha visto influenciado por otras culturas y sistemas jurídicos, pese a que sea el sistema francés al que los países latinoamericanos más nos hemos apegado; por lo tanto, es importante mencionar el desarrollo

que tuvo éste derecho en Inglaterra y Estados Unidos, a manera de conocer su distinta evolución.

“En los países anglosajones ha venido predominando el poder judicial y le reconoce a éste una jurisdicción general cuyo resultado consiste en imponer las reglas de derecho a los funcionarios y a los ciudadanos. En estos últimos años se han producido algunas rectificaciones en Inglaterra y América del Norte, dictándose preceptos legales especiales que amparan a los particulares frente a la Administración, a la que se hace responsable incluso civilmente, cosa que se desconocía en estos Estados en que no había progresado el derecho administrativo como en Francia y otros países del continente europeo, que implantaron tribunales administrativos para controlar la actividad de la Administración.” (Altamira Gigena, 1971, p. 983)

Julio Altamira (1971, p. 983) en su obra cita a Harold Laski, político británico, y sostiene que *“el campo de la administración inglesa abarca algo más que la mera ejecución y examen de las disposiciones legales (...). Por otra parte, el nuevo derecho contencioso-administrativo inglés está incorporado al Poder Ejecutivo, sin que tenga el procedimiento publicidad, oralidad, y aportación de pruebas, de modo que los derechos administrativos individuales quedan menos garantizados que en el derecho continental europeo.”*

Hay autores que consideran que pese a que el derecho administrativo, no tenga gran desarrollo en Inglaterra, como lo ha tenido en el régimen francés, los órganos competentes, si ejercen verdaderas funciones jurisdiccionales, pese a su corto desarrollo.

“En los Estados Unidos llega el Poder Judicial a tal extremo de control que incluso se rebela ante la propia constitucionalidad de las leyes. No hay tribunales especiales, y las garantías de los derechos de los

particulares las amparan los tribunales ordinarios de los Estados federales (...). Sin embargo, puede haber un procedimiento administrativo jurisdiccional, sin duda previo al judicial en virtud del Federal Administrative Procedure Act de 1946, por el que la Administración, en los litigios que los ciudadanos le planteen, designa o elige un juez instructor (hearing officer) que recoge las pruebas y oye a las partes, que pueden ser representadas por abogado. En suma, se incoa un recurso contencioso antes de decidir las Comisiones Administrativas (Federal Trade Commission, Security Exchange Commission, etc.), sin que aparezca admitirse la acción popular para el control de la legalidad de los actos administrativos, al menos en la jurisdicción administrativa.” (Altamira Gigena, 1971, p. 984)

2.3 Influencia de legislación y doctrina de Argentina y España

Iniciaremos a comparar al sistema español, su desarrollo y cómo está constituido, para luego entender como ha llegado a influenciar en el derecho argentino y paulatinamente ir estableciendo cómo estos dos sistemas, han ido teniendo gran injerencia y adaptación en el derecho ecuatoriano.

España inicialmente adoptó el sistema francés, “*pero en 1868 impuso el control de la Administración a los órganos del Poder Judicial, y adoptó el sistema típicamente judicialista (...)*” (Altamira Gigena, 1971, p. 986) siendo semejante al que rige en las provincias argentinas, y del cual se deriva nuestro derecho, teniendo los mismos sistemas.

En España, “*la jurisdicción es amplia y puede resolver la nulidad de los actos impugnados, sean unilaterales o bilaterales, generales y particulares, como en los referente a la reparación patrimonial por los daños ocasionados. Supuesta la existencia de un acto administrativo ilegal, en derecho positivo, puede determinar a los legitimados para recurrir contra éste: 1) con un criterio rigurosamente estricto a los titulares del derecho subjetivo reconocidos por la*

norma legal violada; 2) con un criterio más generoso, a los interesados directamente en la cuestión sobre la que incide el acto administrativo; 3) finalmente, con un criterio amplísimo, a los simples interesados en la impugnación de dicho acto.” (Altamira Gigena, 1971, p. 987). Con lo establecido, se configuran los recursos subjetivo y objetivo dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa tanto en el derecho argentino que pasaremos a compararlo posteriormente, como en el derecho ecuatoriano, dentro del cual especificaremos aquellas acciones, que ha pasado a imitar de ambos sistemas que proseguiremos comparando.

Los recursos mencionados dentro del derecho español, son el de plena jurisdicción y el de anulación. La influencia de estos recursos dentro del derecho ecuatoriano, ha sido plasmada en nuestra legislación, en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa, de manera exacta a como es referida en el sistema español, de manera que, en el Artículo 3 de la ley en mención, se establece que *“el recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.*

“El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.

“El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”

En lo referente al Contencioso-Administrativo argentino, *“en el proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi, en su Art. 93, se establecía el principio prohibitivo de que el poder administrador realizara funciones judiciales, principio que se reproduce en la Constitución de 1853, en su Art. 95, cuando dice: “en ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones*

judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas.” Alberdi había tomado este artículo de la Constitución chilena de 1833 (...)

“La norma destaca en su contenido teleológico, mantener el poder y a la función judicial separados totalmente del poder administrador, lo que ratifica también en forma más explícita, el Art. 23 al establecer que el Poder Ejecutivo “en caso de conmoción interior o de ataque exterior... no podrá el presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas...”.

“El legislador y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia han atribuido y reconocido a órganos administrativos “funciones jurisdiccionales”. No hay Administración pública que no las realice. Las jurisdicciones administrativas, tanto en el orden nacional como provincial, son inobjectables.” (Altamira Gigena, 1971, p. 991)

Por su parte, siendo que el sistema argentino, se diferencia del implantado en el Ecuador, y que nuestro sistema se ha adaptado en razón a la competencia, más a la organización adoptada por el sistema español, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su Artículo 217 ha establecido claramente las atribuciones y deberes que corresponden a los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo.

En Argentina, en lo concerniente al procedimiento, *“en la jurisdicción federal se desarrolla ante organismos judiciales y por el procedimiento establecido por la ley 50. El procedimiento administrativo se desenvuelve en instancia administrativa conforme a las leyes que al efecto rigen en cada organismo de la Administración. Así, aduana, impuestos internos, dirección general impositiva. El proceso contencioso-administrativo, por mandato constitucional de los Estados provinciales, se instaura ante los superiores tribunales de provincia con el procedimiento que les señalan los Códigos de Procedimientos en lo Contencioso-administrativo que se ha señalado en cada una de ellas.*

“El recurso administrativo y la acción contenciosa se distinguen en que el recurso se instaura en vía administrativa, y es requisito previo a la acción contencioso que se incoa en la vía judicial. La existencia de una decisión administrativa previa de la cual se recurre dentro de los plazos que señala la ley de la materia ante los órganos judiciales para “revisarla” de las impugnaciones que se le formulen, distinguiría la necesaria existencia de una acción contencioso-administrativa, de un recurso administrativo.” (Altamira Gigena, 1971, p. 995)

El Ecuador ha adoptado medidas y formas de ejercer la jurisdicción contencioso-administrativa tanto del sistema español, como del argentino, aspectos positivos que han llevado a que el contencioso en nuestro país se haya desarrollado dentro de un gobierno y políticas corruptas, durante años; su aplicación con tribunales especializados implantando recursos y acciones que han cooperado en la justicia de nuestro país.

CAPÍTULO III

ACTUALIDAD DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

3.1 Contencioso Administrativo en Latinoamérica

Para analizar al contencioso administrativo en Latinoamérica, procederemos a analizarlo dentro de 4 países, sin tomar en cuenta al contencioso administrativo argentino, que ya fue analizado anteriormente.

El primer país dentro del cual analizaremos al contencioso, es Uruguay, donde se funda el contencioso administrativo a partir de la Constitución de 1952.

“Tratándose de Uruguay, no podemos preferir otra obra escrita hace medio siglo, coronado con un notable proyecto de Código contencioso-administrativo, del ilustre jurista doctor Luis V. Varela, en la que se hallará siempre conceptos y enseñanzas de valor. El doctor Varela, como los juristas uruguayos de la actualidad, experimentó la influencia del derecho administrativo francés, especialmente en lo contencioso, y lo fue con encomiable sentido de política jurídica.

(...) Si el buen éxito corona esta preocupación de dar a los administrados recursos protectores de sus derechos e intereses legítimos, ello se deberá también al espíritu cívico de los abogados y de los jueces, a su sentido constitucional, a la práctica de las instituciones (...)” (Altamira Gigena, 1971, p. 989)

En la Constitución Uruguaya, en el artículo 307, dentro del capítulo XVII referente al Contencioso Administrativo, se establece la independencia de lo contencioso administrativo y de la función judicial ordinaria,

señalando lo siguiente: *“Habrá un Tribunal de lo Contencioso - Administrativo, el que estará compuesto de cinco miembros.*

“En los casos de vacancias y mientras éstas no sean provistas, y en los de recusación, excusación o impedimento para el cumplimiento de su función jurisdiccional, se integrará de oficio en la forma que establezca la ley.”; y en el artículo 309 también de la Constitución Uruguay se

menciona lo siguiente: *“El Tribunal de lo Contencioso - Administrativo conocerá de las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos, cumplidos por la Administración, en el ejercicio de sus funciones, contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder.*

“La jurisdicción del Tribunal comprenderá también los actos administrativos definitivos emanados de los demás órganos del Estado, de los Gobiernos Departamentales, de los Entes Autónomos y de los Servicios Descentralizados.

“La acción de nulidad sólo podrá ejercitarse por el titular de un derecho o de un interés directo, personal y legítimo, violado o lesionado por el acto administrativo.”

Comparando lo establecido en la Constitución Uruguay, con lo que abarca y es en sí mismo el contencioso en nuestro país, se puede destacar el hecho que tanto en Ecuador como en Uruguay el Tribunal Contencioso Administrativo goza de independencia, teniendo facultades y potestades apartadas de los tribunales de justicia ordinarios, lo que les permite tramitar impugnaciones especiales y específicas de esta rama.

Procediendo a citar al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su artículo 77 se menciona que *“(…) En general y de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados de y relaciones con todos los contratos administrativos.”*

En concordancia con lo establecido por el ERJAFE, cabe citar también a lo que la Ley de Modernización del Estado dice con relación a las competencia para tramitar impugnaciones en el campo contencioso administrativo, refiriéndonos al artículo 38 que menciona que *“Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el Tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contras las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.”*

El segundo país del que cabe hacer mención es Panamá, y se hará una pequeña comparación por un jurista cubano. *“Luego de la reforma constitucional de 1956, se atribuyó a la Corte Suprema la jurisdicción contencioso-administrativa que antes tenía su tribunal especial.”* (Morgan Jr., 1961, p. 44)

Álvarez Tabio (1954), jurista cubano, realiza una comparación entre Panamá y el derecho cubano, y sostiene que *“(...) en el derecho panameño la construcción legislativa no tiene antecedentes históricos a diferencia del derecho de otros países también de origen español, como Cuba, donde ha regido la ley española de 1888 y sustancialmente es ese procedimiento el que rige.”*

Si bien se hace la distinción mencionada por Álvarez Tabio, es importante distinguir que es claro que en el derecho panameño se tiene plasmado un ente especializado para tratar casos referentes al contencioso-administrativo, y Cuba, por la implantación de las leyes españolas, no cabe duda que goza de ésta jurisdicción, pero es importante mencionar, que dado al poco desarrollo y al gobierno al que se ha visto sometido durante los últimos años la isla cubana, el derecho, y en sí, el contencioso-administrativo, deben tener poca acogida en un Estado donde pocos han de ser los conflictos, por no decir nulos, los casos que se denuncien contra el propio Estado y la administración pública, tratándose de un país meramente comunista.

Poniendo en conocimiento lo referente a la aplicación del contencioso en Panamá y en Cuba pese a su poca acogida, se evidencia la existencia de un órgano especializado para las controversias suscitadas en el ámbito administrativo y contencioso administrativo, tal como se aplica en nuestro país. Cabe hacer mención a los Artículos 77 del ERJAFE y 38 de la Ley de Modernización del Estado, a los cuales se hizo alusión anteriormente al comparar el contencioso administrativo en Uruguay.

Hay que tomar en cuenta y es pertinente analizar el derecho de México, y su aplicación del contencioso-administrativo. *“El régimen contencioso administrativo ha pasado por períodos políticos que han determinado su modificación. Establecido con el cuño europeo de 1953, fue abolido en 1857; luego de la Constitución de 1917 se aumentaron las garantías jurisdiccionales de los administrados, aunque el procedimiento de amparo (de carácter constitucional) ha realizado en buena parte la función protectora de los derechos de los administrados. En 1936 se instituyó el Tribunal Fiscal de la Federación, pero lo fiscal solo comprende parte de la Administración (aunque la denominación de “fisco” a veces se emplea como sinónimo de Administración). La constitucionalidad de los tribunales contencioso-administrativos no se cuestiona actualmente.”* (Serra Rojas, 2009, p. 806)

“La evolución del contencioso-administrativo en México, en sus sesenta y cinco años de existencia, no solo ha ocurrido respecto de su organización y del procedimiento que se sigue para resolver las controversias que se someten a su consideración, sino también en cuanto a su competencia material. Un tribunal que nació con una competencia restringida, únicamente respecto de la materia fiscal federal, ahora la tiene más amplia.

“En los últimos siete años la evolución del juicio contencioso-administrativo federal ha tenido tres manifestaciones trascendentales.

“La primera fue la expedición de la nueva Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 15 de diciembre de 1995 (...)

“En segundo lugar tenemos la reforma efectuada al Código Fiscal de la Federación, mediante la ley que establece y modifica diversas leyes fiscales, publicada en el Diario Oficial citado, el 30 de diciembre de 1996, que vino a modificar el juicio contencioso-administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación (...)

“En tercer lugar, se dieron las reformas a la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación y al Código Fiscal de la Federación, realizadas a través del decreto por el que se reforman diversas disposiciones fiscales, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 2000 (...)” (Lucero Espinosa)

Siendo que el Tribunal Fiscal, es independiente de la función judicial ordinaria, entonces se evidencia el carácter administrativo, para los casos contencioso-administrativos en México; evidentemente le otorga independencia a esta rama del derecho que tiene procedimientos especiales.

Finalmente, hablaremos sobre el Contencioso- Administrativo en Venezuela, *“aparece por vez primera en la Constitución del 21 de septiembre de 1830 en el Artículo 147, ordinal 5º, referida a la responsabilidad contractual de la Administración, por daños y perjuicios y el cobro de sumas de dinero. Era una*

competencia orgánica y las controversias en los cuales estuviese implicada la administración pública se le asignaban su conocimiento a la Corte Suprema de Justicia. (Hoy Tribunal Supremo de Justicia).

“(…) La Constitución del 28 de marzo de 1864, establece dos jurisdicciones: la jurisdicción de los Estados Federados y la Jurisdicción Federal, cuyo vértice se encontraba en la Alta Corte Federal. Se da inicio al control jurisdiccional sobre los actos del Congreso o del Ejecutivo Nacional, de actos normativos o de efectos particulares que violaran los derechos garantizados a los Estados en la Constitución. Se buscaba garantizar con esta norma la autonomía otorgada a los Estados y no los derechos subjetivos de los habitantes.

“En la Constitución de 1925 se consagra la anulación de Decretos o Reglamentos que dictase el ejecutivo y de cualquier otro dictado con extralimitación de funciones, estableciendo los pilares del Contencioso Administrativo. Estos principios se mantienen en la Constitución de 1928. La Constitución de 1931, consagra la nulidad por ilegalidad y por abuso de poder, estableciendo un lapso de caducidad que era de trece (13) meses.

“La Constitución que entra en vigencia en el año 1936, amplía el control constitucional que realizaba la Corte Federal, a todos los actos del poder público, manteniéndose el lapso de caducidad de trece (13) pero solo para todo lo relacionado con la ilegalidad o abuso de poder. Para la violación de un derecho de rango constitucional no existía término de caducidad para accionar. En las Constituciones subsiguientes hasta llegar a la del año 1961, se mantiene invariable. Esta última en su artículo 206 estableció lo siguiente: (Constitución venezolana vigente la de 1999)

“Artículo 206. La jurisdicción Contencioso-Administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción Contencioso-Administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o

individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.” (Moya Milan, 2008, p. 33 – 35)

Para el caso venezolano se evidencia que no se habla sobre tribunales especializados independientes de la justicia ordinaria como lo es en nuestro país, y comprende su competencia para estos casos a la Corte Suprema de Justicia; lo que le hace similar con nuestra jurisdicción contenciosa, es lo referente a las impugnaciones que se pueden realizar contra actos administrativos que sean contrarios a la ley, aspectos estos de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en Ecuador.

En conclusión y en referencia al derecho comparado citado, se evidencia que en gran parte de los países latino americanos se goza de un órgano especializado para los casos de impugnaciones administrativas en sede judicial, dándole de este modo una ventaja en cuanto estaría evitando la carga procesal que a diario se suscita en la justicia ordinaria; a su vez, permite contar con profesionales especializados para estos temas que permitan tratar las impugnaciones contencioso administrativas con pleno conocimiento.

3.2 Contencioso Administrativo en el Ecuador

En el Ecuador, una vez que se separó de la Gran Colombia, se promulgó una ley con la finalidad de regular la organización administrativa, y de igual manera, normar que distribuía el poder entre los departamentos y provincias que en 1830 tenía nuestro país. *“A partir de ella se dictaron trece leyes de régimen administrativo, la última de ellas codificada en 1960 (Suplemento del Registro Oficial 1202, de 22 de agosto) y sobre cuya vigencia aún se discute.” (Aguilar, 2005)*

La jurisdicción contencioso-administrativa se da en el Ecuador a partir de 1905, con las reformas constitucionales, siendo esta jurisdicción ejercida por el Consejo de Estado; sin embargo, los recursos contencioso administrativos fueron poco utilizados, y fue escasa la actuación del Consejo de Estado, como órgano competente.

“El Tribunal Fiscal, creado en 1959 mediante Decreto Ley de Emergencia 10, publicado en el Registro Oficial 847, de 19 de junio, fue el primer tribunal contencioso administrativo que funcionó efectivamente; la Constitución de 1967 mantuvo ese Tribunal y creó otro, con el nombre de Tribunal Contencioso Administrativo; un año después se publicó en el Registro Oficial 338, de 18 de marzo, la Ley 35, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que estableció un procedimiento judicial claro y detallado, muy superior a las insuficientes regulaciones que hasta entonces contenía la Ley de Régimen Administrativo.” (Aguilar, 2005)

Como un punto negativo a la jurisdicción contencioso administrativa en nuestro país, es el hecho de que no contamos con una ley, o la misma ley de la jurisdicción contencioso administrativa, que establezca un procedimiento sobre el cual los abogados puedan tener una referencia a seguir, siendo que la ley aplicable a estos casos son los establecidos por el Código de Procedimiento Civil, inmensa falencia en nuestro sistema dado que no es el procedimiento preciso para casos de materia contencioso administrativa, y siendo que se podría implementar un procedimiento especial, para todo caso que se trámite dentro de esta rama.

“La función pública y la administración expresada por un conjunto de actos, hechos y contratos administrativos, acciones y prácticas intervención en acciones administrativas y defendiendo en las acciones contenciosas que se orientan al desarrollo del Estado, sus órganos e instituciones, así como llegar a las metas propuestas; su actividad se rige por la Constitución de la República de Ecuador, las leyes

secundarias que regulan los servicios y obras públicas y que conforman el Derecho Administrativo; así como las otras normas que por su naturaleza se relacionan. La normativa a utilizarse establece con precisión el campo de acción y las prácticas profesionales derivadas del Derecho Administrativo en su amplia proyección entre los que se mencionan: el proceso administrativo donde se conjugan los actos, hechos y contratos administrativos de los que se derivan las acciones de reclamaciones administrativas y demandas contenciosas administrativas; los recursos como forma de impugnar decisiones, las consultas y la elaboración de los documentos y demás actos decisorios en general, con lo que se cumple la función pública.” (Jaramillo, Ordoñez, 2010)

En nuestro país se dieron ciertas etapas interesantes a medida que se fueron creando las entidades especializadas, encargadas de dirimir los conflictos de carácter contencioso administrativos. Inicialmente se creó el Tribunal Contencioso Administrativo que gozaba de jurisdicción a nivel nacional y estaba ubicado en la capital de la República; a partir de las reformas Constitucionales del 23 de diciembre de 1992, se eliminó al Tribunal Contencioso Administrativo y se procedió a crear los Tribunales Distritales en Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo, convirtiendo a la Corte Suprema de Justicia, actual Corte Nacional, en Tribunal de Casación, con salas especializadas competentes en esta materia; y como último punto, hay que determinar que con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial, se suprimieron los Tribunales Distritales y se prosigue a crear Salas Especializadas en las Cortes Provinciales.

3.3 Jurisdicción Contencioso Administrativa

Contencioso Administrativo se entiende como *“el proceso especial constituido por la sucesión de actos llevados a cabo ante la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar un acto de la Administración a instancia o mediante el recurso de parte, sea un particular sea otra administración, para*

restablecer un derecho subjetivo administrativo y, en todo caso, el derecho objetivo administrativo.

“(...) cuando nuestro derecho positivo habla de recurso contencioso-administrativo alude a la potestad que tienen ciertas personas de impugnar una resolución administrativa ante una autoridad jurisdiccional (...)” (Altamira Gigena, 1971, p. 1000)

Para conocer las principales características de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cabe empezar conociendo que es lo que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de nuestro país señala, en referencia al ejercicio de ésta jurisdicción, en su Artículo primero, expresando que *“el recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.”* También se debe mencionar lo que el Artículo 2 del mismo cuerpo legal menciona, diciendo: *“también puede interponerse el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con esta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.”* Con lo referido, debemos entender entonces que la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es aquella que ya es llevado al ámbito judicial y que pretende el resarcimiento de ciertos derechos que han sido vulnerados.

“La jurisdicción ordinaria y la contencioso-administrativa difieren en dos aspectos fundamentales; en cuanto a la naturaleza de la contienda que puede ser sometida a decisión de una u otra, y en cuanto a la apreciación y juzgamiento de ella. En lo que se refiere al primer aspecto, difieren porque en el contencioso-administrativo solo pueden ser partes

del litigio el particular que impugna el acto administrativo y la autoridad administrativa de la cual emanó ese acto.

“En el segundo, cabe señalar dos particularidades propias de la jurisdicción contencioso-administrativa: una la de ser meramente “revisora” del acto administrativo que ha motivado la contienda, de modo que solo las cuestiones que fueron materia de la resolución administrativa pueden ser consideradas por el tribunal de lo contencioso, aunque haya otras invocadas en la demanda del reclamante; y otra, que esta jurisdicción extraordinaria se ha instituido a favor de la Administración Pública, más que de los administrados, a título singular.” (Altamira Gigena, 1971, p. 998). Procediendo a citar a Bielsa, citando en la misma obra por Altamira, sostiene que *“se trata de mantener el imperio de la legalidad pero ante tribunales especiales o mediante procedimientos especiales que no sean los de derecho privado, porque la Administración pública goza de privilegios –como gestora y representante del interés público-, y eso determina, necesariamente, un régimen de control jurisdiccional distinto.*

“Los tribunales ordinarios no pueden interpretar la actividad administrativa con el mismo canon con que juzgan los actos de derecho privado, pues mientras que en la actividad administrativa rigen los principios del bien público y general, en la actividad privada domina el principio de la ganancia y el lucro. La Administración se realiza por un supuesto de necesaria ejecución jurídica. La actividad privada se realiza por la voluntad libre del particular.” (Altamira Gigena, 1971, p. 998 – 999). En este aspecto, dada la diferencia establecida entre la justicia ordinaria y la contencioso-administrativo, considero bastante pertinente, que los asuntos que involucran a la Administración pública sean tratados por órganos de justicia independientes a aquellos que tramitan las causas ordinarias, ya que de no ser así, no cabría hacer la distinción que se ha hecho desde hace siglos con lo que se denomina el contencioso-administrativo, y no sería de relevante importancia la especialidad obtenida; es importante esta distinción principalmente por el hecho de que la jurisdicción contenciosa

administrativa siempre tratará asuntos sobre los que versen violaciones de derechos de particulares o colectividades que han sido plasmadas en un acto administrativo, o través de algún instrumento o documento que puede y debe ser meramente contraído o emitido por alguna institución del sector público, motivo por el cual, esta característica, que le quita el carácter de litigio entre privados, debe ser necesariamente, tratado por un órgano especializado e independiente.

3.3.1 Principios Fundamentales del Derecho Contencioso Administrativo

“Existen normas de rango Constitucional que tienen por objeto el control de la actuación de los poderes públicos. Esta actuación esta sometida al principio de legalidad, llamado bloque de legalidad, conocido igualmente como principio de competencia, y a la jurisdicción contencioso-administrativa, que tiene por objeto ejercer el control sobre la actividad de la Administración Pública (...). Cuando la Administración Pública desconoce o menoscaba el principio de legalidad, queda de manera inmediata, sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.” (Moya Milan, 2008, p. 24)

- Principio de Legalidad

“El principio de legalidad postula la primacía jurídica de la Constitución o de la Ley en sentido material; es decir, la sumisión total de la acción administrativa a lo que se ha denominado el <<bloque de la legalidad>>. Se insiste, por tanto, en que esta expresión no incluye solo la Constitución y las leyes formales emanadas del órgano legislativo, sino aquellas disposiciones, que dictadas por el propio Poder Ejecutivo, vinculan del principio de la jerarquía de las normas.” (Moya Milan, 2008, p. 47)

El principio de legalidad nos lleva al control total de la Administración Pública o los principios constitucionales y a su debida regulación, para evitar de este

modo, una limitación a sus atribuciones y que no exista un exceso de poder por su parte.

Brewer Carias, citado en la obra de Edgar Moya, establece ciertos principios complementarios al de legalidad, estableciendo que *“todas las leyes de procedimiento administrativo puede decirse que refuerzan el principio de legalidad para garantizar el sometimiento de la Administración a la totalidad de las fuentes del derecho; el principio que se puede analizar comparativamente, desglosando en cuatro otros principios fundamentales: el principio de sometimiento de la Administración al derecho; el principio de la jerarquía, que por vía interpretativa de las leyes permite afianzar la legalidad, los principios de organización administrativa que configuran también un marco de la legalidad; y por último, el principio de los límites de la discrecionalidad, es decir, la reducción de la arbitrariedad que también encuentra consagración positiva.”* (Moya Milan, 2008, p. 48)

Se entiende entonces, que el principio de legalidad es la sumisión de la Administración Pública al derecho y a lo que las leyes que la regulan establecen, adhiriéndose a preceptos tipificados taxativamente.

- Principio de Separación de Poderes

La Constitución del Ecuador, comprende en varios artículos lo que constituye la separación de las funciones del Estado, dentro de lo que conforma el Título IV, referente a la Participación y Organización del Poder. Se establece de este modo lo que constituye la función legislativa, ejecutiva y judicial, más las dos funciones adheridas a esta carta magna que son la función de transparencia y control social, y la función electoral. *“Esto supone un criterio de despersonalización del Poder, su difusión orgánica y, con ello la fijación de un límite y la plasmación formal del viejo anhelo de constitucionalismo americano que desembocará tiempo más tarde, en la expresión, acuñada en Europa, del Estado de Derecho, es decir, del gobierno de las leyes y no de los hombres.*

“(...) El Principio de separación de poderes, es la base del contencioso-administrativo en Francia que tiene su origen en la Ley de Separación, institucionalizada en el modelo francés y que data del año 1790, la cual consagraba que “Las funciones judiciales están y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera, las operaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones.” (Moya Milan, 2008, p. 50 – 51)

Como es claro, este principio permite evitar la carga procesal únicamente dentro de lo que sería la función judicial, permitiendo que un órgano especializado, como lo son los tribunales contenciosos administrativos, se encarguen de asuntos relacionados con controversias en las que esté involucrado el Estado; del mismo modo, permite la especialización de los abogados, y que de éste modo se aplique el principio de celeridad, aunque no debidamente aplicado, por el ineficaz sistema de justicia que se desarrolla en nuestro país.

- Principio de Colaboración entre los Poderes Públicos

“La colaboración implica una ayuda para ejercer las competencias propias de cada órgano, en el entendido de que en muchas ocasiones los diferentes cuerpos estatales no se bastan a sí mismo, sino que requieren información que reposa en otras dependencias o recursos también asignados a otros. La colaboración, además, implica el deber de no obstaculizar las actuaciones ajenas (...). Los órganos son distintos, por lo que son distintos también los medios, pero los fines sí son comunes y en ellos reposa el deber de colaboración.” (Moya Milan, 2008, p. 52 – 53)

- Principio de Jerarquía y Coordinación

“Los de menor jerarquía estarán sometidos al control, supervisión y dirección de los superiores con competencia en la materia correspondiente.

“(…) Para que los órganos de la administración pública puedan lograr el cumplimiento de sus fines deben estar coordinados funcionalmente bajo el principio de una unidad orgánica.” (Moya Milan, 2008, p. 54)

3.3.2 Fundamentos del Proceso Contencioso Administrativo

“La jurisdicción contencioso-administrativa o Contencioso Administrativo como técnica impugnatoria existe porque a las Administraciones Públicas la ley les reconoce y otorga privilegios, potestades y poderes extraordinarios del Derecho común. En bases a estos privilegios, solo pueden hacer lo que la ley le permite realizar, ya que la Administración está vinculada a la ley, que les otorga potestades o competencias que en uso de ellas actúa y dicta actos administrativos que se presumen válidos, son eficaces y pueden ser ejecutados forzosamente. A través de estas ventajas o privilegios, la Administración Pública declara unilateralmente su derecho, dicta actos administrativos siguiendo unas normas procedimentales previas, ya que su actuación radica en el interés público que configura una actuación privilegiada se salga de su cause legal y deje de ser un instrumento al servicio de los administrados, es necesario un equilibrio y ese equilibrio es el Contencioso Administrativo como técnica de control, principio de orden e instrumento de garantía individual.” (Moya Milan, 2008, p. 23 – 24)

La Jurisdicción Contencioso-Administrativa tiene ciertas características específicas. Como primer punto, es de carácter constitucional, porque la carta magna de nuestro país establece en su Artículo 173 que *“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”; siendo de este modo que la institución competente para conocer de impugnaciones de éste carácter, es el Tribunal Contencioso Administrativo, refiriéndonos en concordancia a lo que el Artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, reformado y sustituido por la Ley 2001-56, de Registro Oficial número 483 establece, sosteniendo que “Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público (...).”

Brewer Carias, citado por Edgar Moya (2008, p. 42 – 43) establece que *“la constitucionalización de la jurisdicción contencioso-administrativa radica en cuatro aspectos a saber: en primer lugar, en la universalidad del control que la Constitución regula respecto de los actos administrativos, en el sentido, de que todos, absolutamente todos los actos administrativos, pueden ser sometidos a control judicial por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa, por contrariedad al derecho, es decir, por inconstitucionalidad o ilegalidad; (...) la forma como están concebidas constitucionalmente la universalidad de control y el derecho ciudadano a la tutela judicial frente a la Administración, implica la asignación al juez contencioso-administrativo de amplísimos poderes de tutela, no solo de la legalidad objetiva que debe ser siempre respetada por la Administración, sino de la diversas situaciones jurídicas subjetivas que pueden tener los particulares en relación a la Administración.”*

Otra característica de la jurisdicción contencioso-administrativa es que es de carácter judicial. *“Se trata así de una competencia especializada que corresponde a ciertos y determinados Tribunales, a la cual están sometidas determinadas personas de derecho administrativo. Lo que caracteriza a la jurisdicción contencioso-administrativa es la preexistencia de tribunales que*

conozcan y resuelvan los litigios que surjan entre los administradores y las Administraciones Públicas (...)

Se dice que la jurisdicción contencioso-administrativa es universal porque conoce de todos los actos, omisiones, vías de hecho (actuaciones) de la Administración Pública. Del mismo modo conoce de los actos dictados por particulares en el ejercicio de función pública o cuando estén embestidos de función o autoridad pública.” (Moya Milan, 2008, p. 44)

Como última característica la jurisdicción contencioso-administrativa es de carácter subjetivo, ya que pretende la tutela de los derechos de los particulares frente a las actuaciones de la Administración Pública. Schmidt-Assmann, citado por Edgar Moya (2008, p. 46), en referencia a la subjetividad de la jurisdicción contencioso-administrativa, dice lo siguiente: *“este no solo tiene relevancia para el acceso a la jurisdicción, sino también para la determinación del alcance del control judicial. El recurso contencioso-administrativo solo prosperará si la decisión administrativa impugnada infringe el ordenamiento jurídico y la infracción observada consiste, precisamente, en una lesión de derechos subjetivos del recurrente (...)”*

3.3.3 Finalidad del Proceso Contencioso Administrativo

“El Contencioso Administrativo, llamado igualmente Derecho procesal Administrativo o Jurisdicción Contencioso Administrativa, es el medio de control de los actos de gobierno o Poderes Públicos, con la finalidad de someter la actuación de dichos entes a la supremacía de la Constitución y a la Ley.” (Moya Milan, 2008, p. 26)

García de Enterría, citado por Edgar Moya, en su obra sobre Derecho Contencioso Administrativo (2008, p. 29 - 47), señala que *“la justicia administrativa es una justicia de tutela de derechos e intereses, una tutela de posiciones jurídicas, por ende, la concepción tradicional del contencioso-*

administrativo, el modelo francés de excés de pouvoir ¹, la idea de un proceso al acto, ha concluido en España. El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto o de protección de la sola legalidad objetiva, es un proceso de efectiva tutela de derechos los del recurrente y los de la Administración (ésta predominante, potestades en lugar de derechos), entre sí confrontados.

(...) La justicia administrativa es una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos, una tutela de posiciones subjetivas. El contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la administración. ”

Con lo mencionado por los dos autores previamente, se puede deducir que más que nada, el fin de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es el de tutelar los derechos de los particulares, protegerlos y procurar resarcir los daños ocasionados, en virtud de actos administrativos, hechos, contratos administrativos, decisiones imperiosas que afectan sus derechos de manera individual o colectiva; pretende la legalidad de las actuaciones de cada una de las entidades que regulan la Administración Pública, en la plena satisfacción de los particulares.

Siendo que el fin primero es la tutela de los derechos, podemos mencionar que la tutela es un derecho del cual todas las personas somos acreedoras al momento en que pretendemos que se nos reconozca un determinado, deber, hecho o derecho, y a que nuestros derechos personales sean salvaguardados. *“El derecho a la tutela jurisdiccional, en tanto derecho público y subjetivo, tiene dos planos de existencia. Usando las categorías aristotélicas de potencia y acto, nos parece factible ubicar el derecho a la tutela jurisdiccional antes y durante el proceso (...)*

“A) (...), el derecho a la tutela jurisdiccional antes del proceso consiste en aquel derecho que tiene toda persona, en tanto es sujeto de derechos, de exigir al Estado provea a la sociedad de los requisitos o presupuestos materiales y jurídicos indispensables para solventar un proceso judicial en condiciones satisfactorias. (...)

“B) El derecho a la tutela jurisdiccional durante el proceso, en cambio, contiene el haz de derechos esenciales que el Estado debe proveer a todo justiciable que participe en un proceso judicial. (...)” (Monroy Galvez, 1996, p. 245 – 247)

CAPÍTULO IV

IMPUGNACIÓN EN LA VÍA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

El tratadista español, Antonio Royo Villanova (1955, p. 349), ha señalado que *“la administración pública es una actividad dirigida al cumplimiento de los fines del Estado.”*, y por su parte el jurista argentino Rafael Bielsa (1947, p. 143), para continuar con lo establecido por Royo Villanova, señala que *“para el logro de esos fines la administración desarrolla una actividad diversificada, en la que se destaca – según una conocida distinción – la actividad jurídica y la actividad social.”* Con lo que se ha mencionado de ambos tratadistas, hay que entender que la administración pública busca siempre el desarrollo adecuado de las actividades realizadas por el Estado, siendo que de ésta forma se aplican métodos para el beneficio social, y otros métodos, que para el desarrollo adecuado del Estado, deben ser aplicados por medio de la actividad jurídica como lo menciona Bielsa, y es de ahí, que se derivan tanto los procedimientos administrativos, como los contenciosos, siendo que a nosotros nos corresponde tratar aquellos que se desarrollan en la vía judicial.

“La expresión “causa contencioso-administrativa” no significa llevar un litigio ante el organismo de mayor jerarquía en la organización administrativa, sino que se refiere a la promoción de un litigio ante la justicia, que se desenvolverá con los caracteres de un juicio autónomo y total (...)

“El recurso de plena jurisdicción aparece dominado por la idea de “fin económico” y de la operación administrativa, en tanto que el de exceso de poder obedece al principio de la “decisión ejecutoria” (...)

“(...) el de anulación versa sobre el derecho en sí en tanto que el de plena jurisdicción va preferentemente contra el hecho, emanado de una obligación creada por la Administración a favor del accionante, que

puede originarse en un acuerdo, en una ley en sentido personal, que por emanar de la Administración pública, en uso de su autoridad, se llama “derecho subjetivo público”, elemento básico y fundamental para deducir el contencioso pleno.” (Altamira Gigena, 1971, p. 1005 – 1006)

“En un régimen jurídico, la Administración debe obrar procurando no lesionar los derechos subjetivos, ni violar la ley. A ese efecto los administradores han de facilitar: a) medios de salvaguardar los derechos subjetivos (...); b) medios de restablecer el derecho objetivo de proteger el interés legítimo, aun cuando no se pueda reconocer para la persona que promueve su protección, un derecho a una determinada cosa o a una actividad.” (Altamira Gigena, 1971, p. 1021). Lo que sostiene el literal a), se refiere claramente a lo que concierne al recurso subjetivo o de plena jurisdicción; mientras que el literal b), se basa en la anulación de una resolución o acto emitido ilegítimamente, que pretende el restablecimiento óptimo de un derecho objetivo.

Para que un particular pueda recurrir a la justicia contencioso-administrativa, y plantear alguno de los recursos de los que se procederá a hablar más adelante, el acto administrativo que se está impugnando debe cumplir ciertos requisitos, y Altamira en su obra sobre Derecho Administrativo (1971, p. 1006), establece los siguientes requisitos: *“a) que cause estado; b) que vulnere un derecho administrativo del administrado; c) que emane de la Administración en ejercicio de facultades regladas.”* Para comprender a que se refiere cada uno de estos requisitos mencionados, que debe contener un acto administrativo para que pueda ser impugnado, analizaremos brevemente cada uno de ellos.

Al referirnos a que un acto debe causar estado, nos referimos a que éste acto ya no es susceptible de impugnación dentro de la vía administrativa, por lo que del acto podrá recurrir recurso alguno, pero siempre que sea dentro de la vía contencioso administrativa. *“(...) un acto administrativo es “definitivo” cuando implica la resolución con plenos efectos jurídicos de una cuestión sometida al conocimiento de la Administración Pública en algunos de sus niveles. (...) y si,*

finalmente, transcurren los plazos para utilizar contra él cualquier tipo de recurso, nos hallamos ante un “acto firme”. En consecuencia, una resolución es firme cuando, aún siendo recurrible, el recurso no ha sido utilizado en tiempo y forma, o cuando, habiéndoselo utilizado, ha sido resuelto desestimándolo, con lo que quedan excluidos de la posibilidad de ser recurridos los actos del “trámite” y los “provisionales”, como serían aquellos actos o providencias que preparan la resolución de un expediente administrativo.

“(...) toda decisión administrativa, para que cause estado, debe exhibir estas dos situaciones: un acto administrativo definitivo, y que no haya sido consentido. La calificación de decisión administrativa consentida o firme significa que es definitiva.” (Altamira Gigena, 1971, p. 1006 – 1007). En la actualidad en nuestro país con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, se eliminó este requisito, siendo que ya no es necesario que el acto administrativo cause estado para poder acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, según como lo establece la ley referida en su Artículo 38.

El siguiente requisito que debe tener un acto administrativo, es el de vulnerar un derecho administrativo de un administrado; en este sentido nos referimos a que el acto administrativo emitido debe vulnerar un derecho de manera individual o a una colectividad, si no se ha vulnerado ningún derecho, la demanda que pueda ser presentada, que contenga alguno de los recursos de los que se hablará con posterioridad, no será procedente. *“Vulnerar un derecho significa lesionar la facultad del particular y ello se manifiesta a través de un hecho, un retardo, una conducta inactiva, un acto particular, una norma general, etc. Siempre serán los hechos, las conductas, los actos, las resoluciones normativas y las manifestaciones, vías o medios, que dañan o perjudican los derechos del administrado (...). La violación ha sido el objeto del reclamo interpuesto (...).”* (Altamira Gigena, 1971, p. 1014)

El derecho vulnerado debe ser un derecho existente y que haya sido adquirido, y por el cual se pueda incoar al contencioso para que se emita un acto de manera legal, y que estos no vuelvan a perjudicar los derechos de un determinado particular.

Finalmente, el tercer requisito, es que el acto debe emanar de la Administración haciendo pleno uso de sus facultades, siendo que si un acto administrativo emitido, no emanó de la entidad competente por ejemplo, éste será objeto de otro procedimiento, planteando ciertas excepciones, y no específicamente planteando recurso ante el contencioso. El acto debe haber sido emitido por el órgano competente y siguiendo los lineamientos que la ley o normas jurídicas establezcan para la emisión de un acto administrativo, una resolución que incorpore derechos hacia un particular o colectividad.

Para conocer los tipos de recursos que se pueden plantear dentro de la vía Contencioso-Administrativa, debemos remitirnos al artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, donde de manera taxativa establece que *“El recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.”*; a partir de lo señalado por esta ley, pasaremos a hablar y desarrollar a cada uno de estos recursos estableciendo su objeto, las pretensiones que cada uno tiene al ser planteados, y sus principales características. Cabe recalcar que no solamente se pueden impugnar actos administrativos, sino también resoluciones, hechos administrativos y contratos administrativos.

4.1 Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción

Para continuar con lo que se viene refiriendo anteriormente, estableciendo de manera expresa lo que la ley nos establece, es importante conocer lo que la ley nos establece, para luego proceder al análisis doctrinario; por lo tanto, la norma que regula el recurso subjetivo en nuestro país es la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y dentro del mismo Artículo 3, ya referido con

anterioridad, establece que *“El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.”*

“La expresión “plena jurisdicción” significa que el litigio deberá desenvolverse independientemente de la actividad administrativa y que corresponderá a la función judicial un proceso completamente autónomo.” (Altamira Gigena, 1971, p. 1005)

El recurso subjetivo lo que pretende, es la tutela de los derechos subjetivos del administrado, emanados a través de un acto administrativo, negando total o parcialmente derechos de los que el recurrente debe gozar a través de la legítima emisión de dicho acto; de este modo, negándosele derechos de los que es acreedor, el administrado tiene pleno derecho, y está facultado para acudir ante los órganos competentes para administrar justicia en el ámbito de la jurisdicción contenciosa; cabe recalcar que el recurso subjetivo se plantea cuando se han violentado derechos individuales de un administrado.

Siendo planteado el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, la facultad que tiene el juez es la de *“sustituir su decisión o reformar las decisiones tomadas por la administración cuando sean ilegales o cuando sea necesario para restablecer la situación desconocida en su integridad, es decir, ordenar las restituciones y reparaciones que permitirán restaurar los derechos vulnerados.”* (Moya Milan, 2008, p. 96)

Laferriere, citado por Moya (2008, p. 97) hace una clasificación de qué tipo de controversias son susceptibles de impugnarse con el recurso subjetivo:

“a) Las controversia que se plantean con ocasión de los contratos de la administración, cuando los mismos son atribuidos a la jurisdicción administrativa (contencioso contractual);

“b) Los conflictos que surgen en materia de obligación pecuniaria del Estado, originada de una fuente de obligación distinta a los contratos, es decir, del cuasi-contrato, del cuasi-delito o aun de la ley (contencioso de la responsabilidad administrativa). Comprendiendo a este segundo grupo las reclamaciones de indemnizaciones formuladas contra la administración y también las relativas a sueldos, pensiones y demás atribuciones de los funcionarios públicos (contencioso funcional);

“c) Los litigios surgidos con ocasión de las “operaciones administrativas de donde resulten derechos y obligaciones”. Comprende el contencioso fiscal y el electoral, por determinación de la ley.”

El Doctor Ernesto Velázquez, en su obra sobre “La nueva Justicia Administrativa” (p. 62 – 63), nos habla sobre el recurso subjetivo y su manera de aplicación en nuestro país, y él menciona que *“Tratándose de derechos subjetivos, lo esencial de este recurso es determinarlo en la demanda propuesta, estableciendo los hechos y el derecho, puesto que antes que la lesión importa la violación que se ha producido de la legalidad existente; evidenciar como la Administración obró con exceso de poder, haciendo mal uso de sus facultades regladas para desviar la protección legal, torciendo el marco jurídico existente y desestabilizando la tutela establecida como una garantía del derecho individual, que no puede caer solo porque la autoridad administrativa invoque principios de beneficio general, argumente la prevalencia de una malentendida concepción de orden público o ampare su obrar en beneficio de los altos intereses del Estado.*

(...) Antes de la Ley de Modernización (...), era indispensable para proponer este recurso en la vía jurisdiccional haber agotado el reclamo jerárquico en la vía administrativa. Condicionamiento prejudicial al que se sumaba la exigencia (...), que requería se compruebe, como precedente a la pretensión jurídica, la existencia de un pronunciamiento negativo de la Administración al reclamo del accionante; lo que constituía una absurda e inconstitucional limitación, bajo el disfraz

jurídico de probar que el acto causó estado y tenía fuerza ejecutoria, desvirtuando la fuerza del derecho del recurrente y hacía de la Administración Pública una parte procesal de mejor derecho, privilegiado.”

Actualmente, el postulado de que se debe agotar la vía administrativa, para acudir al contencioso-administrativo, es inaplicable; cualquier persona que considere se han violentado sus derechos por la emisión de algún acto administrativo, puede acudir al contencioso directamente en lugar de apelar en vía administrativa; esto permite que se genere una verdadera controversia, y que no sea la misma entidad la que resuelva la impugnación realizada, implantándose un verdadero litigio, de manera legítima, dentro del cual el administrado puede tener un verdadero beneficio, y no como sería el caso de la impugnación en la misma entidad, lo que causaría, en muchos de los casos una parcialización del órgano que emitió el acto, sin querer desvirtuar, lo que en un inicio se pudo haber emitido.

“El antecedente jurisprudencial ecuatoriano, para que se interponga recurso subjetivo contra un acto de carácter general, se encuentra en una norma dirimente emitidos por el desaparecido Tribunal Contencioso Administrativo (...), Resolución que fue dictada ante fallos contradictorios emitidos por las diferentes Salas del extinto Tribunal, que en unas causas aceptaban y en otras rechazaban las controversias planteadas para impugnar actos administrativos del carácter citado, sustentada la negativa en el hecho de que contra él mismo solo cabía el recurso de anulación. Ante los hechos, el Tribunal Contencioso Administrativo determinó el derecho de interponer el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente aunque el acto impugnado sea de carácter general.” (Velásquez Baquerizo, p. 63 y 64). Siendo de este modo, y con lo establecido por el autor en base a las resoluciones expedidas, hay que tener en cuenta, que como su nombre lo señala, el recurso subjetivo, se demanda cuando se han violentado derechos subjetivos, sea que estos provienen de actos emitidos

individualmente o a una colectividad, pero que estos vulneran un derecho subjetivo de manera individual; por lo tanto, es lógico proponer este recurso, siempre que el recurso sea pertinente, y cumpla con el requisito de vulnerar un derecho subjetivo del recurrente, ya sea por acción u omisión en la emisión de un determinado acto o contrato.

Como en todo actuar dentro de la vida jurídica y de toda actividad que implica la injerencia del derecho para su regulación, se debe tomar en cuenta que existe un plazo o término para proponer el recurso subjetivo, y para esto nos remitimos al Artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y dentro de su primer inciso señala que *“El término para deducir la demanda en la vía administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.”*; tomando en cuenta lo establecido por el Doctor Velázquez en su libro, vale tomar en cuenta su comentario, al decir que, *“La falta de atención o el incumplimiento de este término provoca que, tanto el Tribunal Distrital como en casación, se expidan sentencias en las que se declara extinguido el derecho y se ordena archivar la demanda.”* (Velásquez Baquerizo, p. 64)

4.2 Recurso Objetivo de Anulación o Exceso de Poder

De la misma manera en que empezamos a referirnos del recurso subjetivo, procederemos a referirnos a lo que la ley establece en relación al segundo recurso que puede ser planteado en la vía contencioso-administrativa, al establecer dentro del mismo Artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que establece taxativamente los recursos, y define brevemente a cada uno de ellos, estableciendo que *“El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”*

Rafael Bielsa, citado en la obra de Velázquez (p. 64) sostiene que *“el objeto del recuso es restablecer el imperio de la legalidad.”* Bielsa sostiene esto, ya que se entiende que aquella persona que impugne ante el contencioso-administrativo con este recurso debe probar un interés legítimo, para que presuponga la anulación del acto que se está impugnando, de tal modo que ese interés legítimo es el que permitirá, a través de un proceso legal, que la legalidad se haga vigente, siguiendo un debido proceso el que garantice la plena validez de los actos que están siendo emitidos, sin violar ningún precepto legal, siendo que es esto lo que nos lleva a plantear este recurso.

“El interés legítimo, por oposición al derecho subjetivo, no presenta la nota de “exclusividad y privacidad” que tipifica al derecho subjetivo. La situación jurídica en el derecho subjetivo es excluyente, mientras que en el interés legítimo es una situación jurídica despojada de esa exclusividad. Por eso se presenta como portadora de un beneficio concurrente y coincidente que al mismo tiempo beneficia por igual a varios sujetos sin relación subjetiva individual. Es una característica de las normas de derecho público y, por tanto, del derecho administrativo (...). Es un atributo que corresponde a las normas que regulan conductas y beneficios de terceros anónimos e indeterminados y no a partes intervinientes y creadoras de relaciones individuales (...)” (Altamira Gigena, 1971, p. 1025). Deduciendo en pocas palabras, lo referido anteriormente por el tratadista Altamira, el interés legítimo, en cuestiones de derechos subjetivos se da en relaciones individuales por ejemplo una relación contractual, o un acto administrativo emitido con un fin específico y hacia una persona determinada; mientras que el interés legítimo, al que nos debemos referir en este momento, es el interés que emana de un particular, pero que el acto emitido (siendo este un reglamento por ejemplo), afecta a una colectividad, a varias personas por igual, y es del cual se pretende su anulación, caso contrario seguirá afectando de la misma manera al recurrente y a las demás personas que se pueden estar viendo afectados. Un ejemplo más claro de esto, puede ser un reglamento aprobando el ensanchamiento de vías, sin realizar la pertinente expropiación

antes de dicha actividad, afectando de esta manera a los moradores de la zona en la que se estén llevando a cabo estos trabajos en las vías.

“La jurisprudencia de la justicia administrativa ecuatoriana (...), expresa que el recurso objetivo tiene por finalidad la tutela de una norma jurídica objetiva afectada por el acto administrativo de carácter general impugnado, resolviendo que solo puede interponerse esta clase de recurso cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva. (...) pretende lograr la anulación del acto administrativo, con el único objeto de que se restablezca el imperio de la ley, de la norma objetiva, en sí misma considerada, prescindiendo de cualquier derecho subjetivo que pudiera invocar el proponente del recurso.” (Velásquez Baquerizo, p. 65). Con lo establecido por el autor, se puede deducir con claridad que el principal objetivo que presupone el plantear este recurso es el de demostrar, por parte del recurrente, de manera explícita y precisa, la norma que se está violando, lo que lleva a solicitar la anulación de dicho acto, por falta de los requisitos legales necesarios para su total validez y eficacia.

“En el recurso por exceso de poder, la autoridad de la decisión es absoluta, es decir, se impone no solamente a los afectados directamente por la Administración, sino a todos los ciudadanos. (...) tiene por fin reprimir la ilegalidad, en interés de todos, (...) quienes ejerciten la acción (...), siempre que demuestre tener interés directo, personal, legítimo y actual.” (Altamira Gigena, 1971, 1023)

Este recurso no cabe sobre todo tipo de acto administrativo emitido, actos de los cuales no se puede dar una anulación, *“ya que solo se anula un efecto de derecho, nunca un hecho.”* (Altamira Gigena, 1971, p. 1024). El recurso de anulación tampoco es susceptible contra aquellos actos administrativos que su objetivo es crear situaciones jurídicas ya que el objetivo de estos es la de conocer si han dado lugar o no a una situación jurídica determinada, o si lo que se ha resuelto es la modificación de un acto ya emitido con anterioridad. Por lo

tanto, siendo que hay actos de los cuales no se puede interponer una acción objetiva de anulación, hay que mencionar que los actos que sí son susceptibles de este recurso, son aquellos emitidos por la Administración *“que presentan un carácter objetivo, como los reglamentos, que si bien desde el punto de vista material esta actividad administrativa se asimila a la ley, desde el punto de vista formal es susceptible de impugnárselo con el recurso por exceso de poder, puesto que emana de un agente administrativo.*

“(...) Estos diversos actos, como los reglamentarios, tienen un carácter objetivo. No dan lugar a una situación jurídica concreta, individual que no interesa más que a una o pocas personas determinadas, sino que afectan a todos. Alcanza a una indeterminada serie de personas, y especialmente a todas aquellas que están asociadas al funcionamiento del servicio. Si bien directamente no producen ningún efecto de derecho, son creadores de situaciones legales o de competencia, y tienen sus consecuencias en el campo de derecho (...)” (Altamira Gigena, 1971, p. 1024)

“La Constitución reconoce a la Administración la potestad de emitir reglamentos, cuya jerarquía no puede rebasar los límites legales; de emitirse un reglamento ilegal, se lo sanciona con la nulidad de pleno derecho, que por ser insubsanable puede declararse en cualquier momento, con mayor razón si el vicio rebasa el mero interés particular y afecta el general, atentando contra el principio de legalidad.” (Velásquez Baquerizo, p. 66). Siendo que es de potestad de la Administración la emisión de reglamentos, con el afán de regular las actividades del día a día, y de alguna manera el comportamiento humano, evitando ciertas conductas abusivas; es importante también que se tenga en cuenta siempre el principio de legalidad al momento de promulgar una ley, así como también un reglamento, ya que en base a esto podríamos tener una convivencia mucho mas acertada, evitando de dicha forma el perjudicar a los particulares, infringiendo normas de derecho fundamentales, y de la misma manera perjudicar a una colectividad, siendo que de este perjuicio contra varias

personas, por la promulgación de un reglamento, es que se desprende y se da lugar a la impugnación por vía judicial, ante el contencioso-administrativo, que se proponga el recurso objetivo, con el mero afán que ese reglamento perjudicial, sea omitido de los registros oficiales.

Como es claro, los efectos que se producen al deducir el recurso objetivo, es la anulación de la resolución o el procedimiento emitido, violentando preceptos legales para su plena eficacia. El Artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece las causas de nulidad de una resolución o procedimiento administrativo, enumerando taxativamente las siguientes:

“a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.

“b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.”

Estas nulidades se dan, básicamente por incompetencia de la autoridad, vicio de forma en las resoluciones emitidas, desviación de poder relacionado con la incompetencia al emitir actos más allá de los que la ley le permite (de aquí que se derive también el nombre del recurso como “exceso de poder”), y violación de la ley dirigiéndose directamente a lo que la legalidad se refiere.

Como en el caso de la impugnación del recurso subjetivo, para plantear el recurso objetivo o de exceso de poder, la ley también nos plantea un plazo dentro del cual podemos hacerlo, y para ellos nos remitimos al Artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su inciso segundo, dentro del cual señala que, *“En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo*

Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.”

En las recientes leyes que regulan la Jurisdicción Contencioso Administrativa, como la española expedida en 1998, ya no se hace referencia a estos recursos.

CAPÍTULO V

REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

5.1 Actos Administrativos que afectan al administrado

La revocatoria de un acto administrativo debe seguir un proceso determinado, así como se conoce que para la pertinente impugnación de un acto administrativo se deben aplicar ciertos procedimientos establecidos, tanto en vía administrativa, como en contencioso administrativa.

“Generalmente, se exige que se trate de actos administrativos definitivos, o sea, aquellos actos que, a diferencia de los preparatorios o de trámite, reflejan la verdadera voluntad de la administración y producen los efectos jurídicos efectivamente queridos por ésta.” (González Pérez, 1960, p. 58). Para revocar un acto, éste debe estar emitido y producir los efectos jurídicos esperados y ser vinculante para las partes, caso contrario no se trataría como tal de un acto administrativo, y no se podría proceder a impugnarlo.

El acto administrativo se entiende, en esencia, que debe funcionar a favor y no en contra del individuo contra quien se está emitiendo un determinado acto; Gordillo ha establecido algunos aspectos dentro de los cuales el acto administrativo puede conceder un derecho, y al mismo tiempo exigir el cumplimiento de un deber para el administrativo; *“Si un mismo acto por un artículo me reconoce un derecho y por un artículo distinto me impone una sanción o me crea un deber, es claro que en el segundo aspecto no puede tener estabilidad, aunque sí en el primero. Si un mismo acto hace lugar a un reclamo mío en un artículo y me rechaza otro reclamo en otro artículo, la solución es la misma; en el segundo aspecto no hay estabilidad, sí la hay en el primero. En consecuencia, la situación no varía si teniendo yo que recibir un cierto derecho, se me reconoce uno menos, es claro que en tales casos la*

estabilidad del acto no puede impedir que efectivamente me reconozcan el derecho mayor que me pertenece.” (Gordillo, 2006, Cap. VIII). Entonces, de lo que establece Gordillo, es claro que cuando un acto administrativo nos ha reconocido un derecho, así nos esté afectando en otro aspecto, ese derecho otorgado no puede dejar de ser reconocido, y por lo tanto, debe ser ejecutado.

5.2 Actos Administrativos que otorgan derechos subjetivos al administrado.

Windscheid, citado en la obra de Edgar Moya (2008, p. 55) describió que *“el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico.”* Como lo establece Moya, el derecho subjetivo se lo aplica en sentidos diferentes:

1. “En primer término, por derecho subjetivo entiéndase la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de las personas o personas que se hallan frente al titular. Tal dificultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y que pone a disposición a otro sujeto el imperativo que tiene dicho orden (...)” (Moya Milan, 2008, p. 55)

Por su parte García Enterría, citado por el mismo autor referido con anterioridad, sostiene que sostiene supuestos dentro de los cuales el administrado es titular de sus derechos, *“(...) 2. Cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses (...)”* (Moya Milan, 2008, p. 58)

El acto administrativo es emitido con el afán de crear y otorgar derechos, ya sea de manera individual o colectiva, como ya se lo ha venido mencionando

repetidamente. El autor mexicano Miguel Acosta Romero (1999, p. 847), señala que *“Cuando el acto administrativo se dirige a los particulares, puede crear a favor de éstos, derechos y obligaciones que, por lo general, son de naturaleza personal e intransmisible; por ejemplo los derivados de un nombramiento de un empleado público (...).”*

Se entiende por lo tanto, que el acto administrativo, cuando ha otorgado derechos subjetivos, éste es irrevocable, y de lo mismo se despliega lo que Marienhoff, en la obra de Gordillo establece al decir que *“la <<revocabilidad>> del acto administrativo no puede ser inherente a su esencia, ni puede constituir el <<principio>> en esta materia. La revocación del acto administrativo es una medida excepcional, verdaderamente <<anormal>>.”* (Gordillo, 2006, Cap. VIII) *“Es en los actos favorables, aquéllos que consagran situaciones individuales en beneficio de las personas, donde se pone en juego la seguridad y, en consecuencia, debe ponerse especial cuidado en la estabilidad como característica del acto administrativo. Para ello es necesario tomar en cuenta las dos posibles razones para revocar un acto administrativo: la oportunidad y la legalidad.”* (Aguilar Andrade, 2006)

Las administraciones Públicas emiten diariamente decenas de actos administrativos que otorgan un determinado derecho a una persona en particular, otorgándole meros derechos subjetivos, que en teoría se presumen adquiridos con plena legalidad y bajo el principio del debido proceso; pero, ¿qué sucede si estos actos no han sido efectivamente emitidos y han violado algún precepto legal? La Administración Pública, no puede revocar un acto que está otorgando derechos subjetivos, ya que de hacerlo incurriría en que el particular proponga acciones en su contra. *“Como la administración debe mantener los actos declarativos de derechos, ya que no puede revocarlos y como, por otra parte, sería absurdo que se mantuviera una situación legal ilegal, tan pronto la administración descubre sus propios yerros debe estar autorizada para someter a revisión aquellos actos que resulten perjudiciales a sus intereses. La administración tiene la posibilidad de revocar sus propios*

actos, posibilidad que no se da cuando los actos son declarativos de derechos, lo que ocurre con el objeto de equilibrar los intereses públicos con los intereses de los particulares, ya que éstos no pueden quedar siempre a merced de las veleidades de la administración.” (Diez, 1972, p. 202)

5.2.1 Declaratoria de Lesividad

“La estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que solo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa.

“(…) aunque resultara que el individuo no tiene en verdad derecho a aquello que el acto le concede, no por ello se transforma el acto en revocable, sino que debe pedirse judicialmente su anulación; como se advierte, el valor fundamental que tiene en cuenta este principio es el de la seguridad jurídica, para que la administración no pueda por sí y ante sí dejar sin efecto derechos nacidos bien o mal al amparo de actos anteriores.” (Diez, 1972, p. 202)

Entonces, la generalidad ampara que los actos administrativos poseen estabilidad, y de la misma manera no pueden ser revocados, si estos otorgan derechos subjetivos, y así se entiende que *“la administración debe cuidar de la vigencia del principio de legalidad (...), pues aún en el caso de que no pudiera ella misma revocar el acto, puede y debe presentarse ante la justicia pidiendo su anulación, si las circunstancias del caso la llevan a la convicción de que efectivamente se trata de un acto nulo o anulable. La administración no puede ni debe desentenderse de las alegaciones de nulidad que se hagan, por su obligación de atender a la vigencia del señalado principio y porque no sería cierto afirmar que no puede dictar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.” (Diez, 1972, p. 202)*

De esta manera, hay que mencionar entonces que, para que el acto administrativo deje de tener la estabilidad que se menciona, hay un recurso establecido en nuestra ley, el cual es capaz de revocar todo acto que ha otorgado derechos subjetivos, pero que no han sido otorgados mediante el principio de legalidad, y por lo tanto se debe revocar su efecto; el recurso del cual estamos hablando es la acción de lesividad, establecido y tipificado en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su artículo 97, estableciendo que *“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 (...).”*

Con lo referido por nuestra ley, entonces entendemos que no se recurre al Contencioso Administrativo para que declare la lesividad, sino para que ejecute la declaratoria de lesividad previamente emitida; sin dicha declaratoria, no se podrá hacer efectiva la acción de lesividad, así como tampoco se podrá revocar al particular de los derechos subjetivos que inicialmente le fueron otorgados.

Entonces, como primer aspecto que se debe desarrollar para que tenga lugar la acción de lesividad, es pertinente que por Acuerdo Ministerial o mediante Decreto Ejecutivo, según como corresponda si es que fue un Ministerio el que emitió el acto administrativo o cualquier otra entidad de la Función Ejecutiva para que sea pertinente el Decreto Ejecutivo, hagan la declaratoria de lesividad, basándose en que el acto administrativo del cual se está realizando la declaratoria, no fue emitido con las solemnidades y requisitos legales pertinentes, y que pese a que está otorgando derechos subjetivos a una determinada personas, es necesario, que ese acto sea revocado. De tal forma hay que señalar entonces, que la declaratoria de lesividad es el requisito primero y fundamental para proceder con la acción de lesividad, y que dicha declaratoria se debe adjuntar al escrito que demanda y solicita se proceda con la pertinente acción de lesividad.

“La declaración administrativa previa de lesividad es un presupuesto esencial y especialísimo que atañe a la naturaleza de la institución. Importa un acto administrativo previo mediante el cual, y con miras a un proceso judicial ulterior, la Administración declara que un acto suyo anterior es lesivo de sus intereses por ilegítimo.

(...) si la declaratoria de lesividad padece de algún vicio que afecte el objeto, la competencia, la voluntad o la forma del acto administrativo, no producirá sus efectos normales y, de este modo, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción procesal administrativa, de oficio o a instancia de la parte demandada. Tal efecto procesal hará inadmisibile el proceso.” (Dromi, 2009, p. 1194). “La lesividad está reservada para los casos en que la administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su anulación.” (Dromi, 1979, p. 209)

Por su parte Manuel María Díez (1972, p. 204), con respecto a la declaración de lesividad, señala que *“es un acto administrativo por el cual el órgano que ha dictado el acto lo declara lesivo a los intereses públicos. (...) la declaración de lesividad es una facultad discrecional de la administración, vale decir que podrá hacerla o no según considere que el acto, del cual surgen derechos a favor de los particulares, es o no lesivo a sus intereses públicos. (...) El fundamento de la declaración de lesividad proviene de que se quiere asegurar que la administración, antes de iniciar el proceso de lesividad, esté convencida que el acto lesiona el interés público. La declaración de lesividad tiene que hacerla el órgano competente. En este supuesto sería la propia administración que dictó el acto.”*

Una vez que la declaratoria ha sido emitida por uno de los órganos competentes, en la manera prevista por la Ley, la Administración procederá entonces a sede judicial donde impugnará el acto administrativo con la pertinente declaratoria de lesividad.

5.2.2 Recurso de Lesividad por parte de la Administración.

Como se ha venido mencionando, la lesividad está íntimamente vinculada con la estabilidad del acto administrativo emitido; entendiéndose que la Administración no puede, revocar las decisiones que ella mismo ha emitido, por lo que, como primer punto, debe declararlas lesivas, para que como segundo punto, puedan ser impugnadas en dejarlas sin efecto a través de un proceso judicial.

Una vez que hemos señalado lo que nuestra ley establece en relación a la acción de lesividad, debemos saber que es lo que la teoría y los tratadistas nos dicen al respecto, citando al argentino Agustín Gordillo (2006, Cap. XI), quien dice que la manifestación de lesividad en el derecho español, y siendo que nuestro derecho es una copia de aquel, *“declara el acto como contrario al orden jurídico, sin revocarlo, para luego recabar de los órganos judiciales la investigación del vicio, mediante la acción que se instaurará, a fin de que la justicia resuelva en definitiva si el acto era legítimo o no y si corresponde o no declarar su extinción.”*

“Esta pretensión se refiere a un acto de una entidad pública que no puede revocarlo “per se”. La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por el sujeto de derecho frente a otro. La aparición de la Administración demandante supone la derogación de algunas reglas procesales comunes del proceso administrativo ordinario, cuyas disposiciones se le aplicarán si no son incompatibles con la naturaleza específica de la acción mencionada.

“La entidad pública demandante es la Administración autora del acto, que no puede revocarlo. Tal entidad deberá tener, para deducir la pretensión, interés directo, es decir, ser titular de un derecho derivado del ordenamiento que considere infringido por el acto.” (Dromi, 2009, p. 1193, 1194)

5.2.3 Procedimiento de Lesividad

Para que cada acto que ha dado lugar a que se pretenda revocarlo, a una posible declaratoria de lesividad, y a un futuro proceso nacen de la relación jurídica dada con anterioridad entre el particular y la Administración Pública. *“La relación jurídica es otra de las nociones a priori del derecho. Está contenida en la definición universal del derecho. (...) Sin relación jurídica no es posible ni consecuencia ni experiencias jurídicas. (...) La relación jurídica tiene su fundamento en la (...) relación real y personal.”* (Mantilla Pineda, 2003, p. 167)

El procedimiento de lesividad, consiste en un procedimiento especial establecido tanto por la ley como por la doctrina. Teniendo como diferencia fundamental con el proceso ordinario, que la administración es la parte demandante y no demandando, como es la tendencia establecida en los recursos de lo que se habló anteriormente.

Manuel María Díez (1972, p. 202), habla sobre el proceso de lesividad, y establece que hay distintos supuestos sobre los cuales podría plantearse la lesividad; los supuestos que señala y los detalla son los siguientes: *“a) que el acto administrativo del que surgen derechos sea válido; b) que el acto administrativo del que surgen derechos sea inválido. En este segundo supuesto puede surgir también otra alternativa: 1) que el acto tenga un vicio leve; 2) que el acto tenga un vicio grosero.”* Para mayor comprensión los vicios leves son aquellos que dan lugar a ser suprimidos o corregidos, mientras que los vicios groseros, como los denomina el autor, o vicio grave como se los conoce más comúnmente en nuestra legislación, dan lugar a la nulidad y por lo tanto inexistencia del acto emitido. Continuando con la explicación en virtud de los supuestos dentro de los cuales cabe el proceso de lesividad; *“a) Si el acto es válido y es declaratorio de derechos, es indudable que la administración carece de potestades para revocarlo de oficio y solamente si razones de interés público exigen la eliminación del acto, debe acudir a sede judicial.”*

“b) Si se trata de acto inválido y con vicio leve, (...) este acto declaratorio de derechos no puede eliminarse en sede administrativa y la administración tiene, en consecuencia, que ocurrir a sede judicial, iniciando el correspondiente proceso de lesividad. Si el acto está viciado y el vicio es grosero, (...). Se ha sostenido que en estos supuestos no puede nacer ningún derecho de un acto que tenga un vicio grave y en consecuencia la administración está facultada para revocarlo sin acudir a sede judicial.” (Diez, 1972, p. 202 – 203). Dando una opinión al respecto, y coincidiendo con lo que el autor en su obra ha señalado, se debe considerar necesario que todo acto que otorgue derechos, para ser revocado, debe seguir con el mismo proceso sin importar del vicio del que adolezca; y de esta manera precautelar los intereses de ambas partes, y poner en igualdad de condiciones, sin perjudicar a ninguna, dando de este modo un beneficio al particular, al cual se le quieren revocar los derechos, para que estos sean, por lo menos, revisados y se compruebe su ilegalidad y que no se ha seguido con el pertinente proceso para que este puede ser revocado; por lo tanto, siempre y en cualquier caso que se trate de revocatoria de actos se debe recurrir a sede judicial, para que los derechos del particular no queden a la decisión individual de aquel funcionario público competente de revocar actos de oficio.

“El hecho de que la administración pública aparezca como demandante en un proceso, no da lugar al proceso de lesividad. Por ello se puede afirmar que para que se reúnan los requisitos para configurar el proceso de lesividad será preciso: 1) que la administración actúe como parte demandante; 2) que ataque un acto dictado por ella misma, solicitando su anulación en mérito de considerarlo lesivo para los intereses públicos. Se trata evidentemente de un proceso especial donde aparece una entidad pública demandante frente a sus propios actos.” (Diez, 1972, p. 201)

Dromi (2009, p. 1194) establece de manera no muy detallada en qué consiste el procedimiento que se debe llevar a cabo para la acción de lesividad; señala

que *“la contienda se entabla entre la Administración que pretende que no prevalezca una resolución que estima ilegal y lesiva a sus intereses, y el administrado que obtuvo en su provecho, beneficio o favor del derecho acordado, el acto supuestamente lesivo. El demandado, en síntesis, en el proceso de lesividad es el afectado por la resolución recurrida.”*

“Es lógico suponer que si la administración inicia proceso de lesividad por entender que el acto es ilegítimo, habrá de suspender la ejecución del mismo. Se entiende que ésta será una facultad discrecional de la administración pero parece acertado que durante la tramitación del proceso no se ejecuten los actos objeto de la pretensión deducida.”
(Diez, 1972, p. 206)

En el procedimiento de lesividad se presupone la revocatoria de un acto administrativo, pero hay que tener en cuenta que no son todos los actos administrativos los que son susceptibles de impugnación a través de éste procedimiento, aquellos que pueden dar lugar a que se entable esta acción son aquellos actos administrativos estables, como bien lo menciona Dromi, que son irrevocables en sede administrativa, y esto se da precisamente porque son actos administrativos que otorgan derechos subjetivos, y una vez que han sido otorgados, no se le puede privar a la persona de dichos beneficios, a menos que se lleve a cabo el pertinente procedimiento.

El Artículo 97 del ERJAFE, el cual ya nos hemos referido con anterioridad, establece cual es el procedimiento que se debe seguir en nuestro país para que se lleve a cabo el completo procedimiento de lesividad, a pesar de que lo hace de manera reducida, sin dar detalles explícitos sobre el procedimiento al cual nos estamos refiriendo, sin embargo es importante mencionar lo que la ley nos dice; *“La lesividad deberá ser declarada mediante decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro Competente.*

“La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.”

Entonces, como la ley lo establece el primer paso a seguir, para llevar a cabo la revocatoria de un acto emitido por la Administración Pública, es pertinente la declaratoria de lesividad por uno de los órganos competentes y en la forma prevista por la ley. *“Al ser la declaración de lesividad un presupuesto procesal, no tiene más valor que el de autorizar la admisión y tramitación de la acción, pero es el órgano jurisdiccional el que tendrá que declarar si efectivamente existe lesión y, en consecuencia, anular el acto objeto de ella.”* (Diez, 1972, p. 206)

Una vez que se ha emitido la declaratoria de lesividad, la administración al iniciar el proceso en vía judicial, deberá adjuntar a la demanda que presente, el acto administrativo que emite expresamente la declaratoria de lesividad, objeto del acto cuestión de la impugnación. La demanda debe ser planteada ante el órgano jurisdiccional competente; determinando de manera expresa al demandante.

“El particular beneficiado por el acto declarado lesivo será emplazado a contestar la demanda.” (Diez, 1972, p. 206)

Basados en el principio de congruencia, es que se le otorga al demandado, como en todo juicio la posibilidad de contestar a la demanda, para que así como el actor, éste tenga la posibilidad de extender sus argumentos y excepciones a la demanda planteada. *“Frente al interés del actor a que se le juzgue de cierta manera, existe el interés del demandado a que sea juzgado en un modo presumiblemente contrario al demandante. La comparecencia del demandado es un requisito para el desarrollo de la relación procesal. La contestación a la demanda es fundamental, ya que determina el objeto del*

proceso, sobre el cual ha de pronunciarse el juez.” (Monroy Cabra, 2001, p. 362)

“En cuanto a la sentencia, si es desestimatoria dará firmeza a la relación jurídica que tiene su base en el acto impugnado. De allí que la potestad revocatoria de la administración que tiene un límite, que es el de tratarse de un acto declarativo de derechos, tendrá un nuevo límite al dictarse la sentencia confirmatoria del acto. Si la sentencia es estimatoria, se tratará de una sentencia constitutiva que al anular un acto declaratorio de derechos producirá la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del acto. La sentencia definitiva hará, como en los casos corrientes, cosa juzgada.” (Diez, 1972, p. 206)

Una vez que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo emite su sentencia, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué responsabilidades puede tener un servidor público en caso de que el Tribunal declare el acto como lesivo? Antes de realizar este análisis hay que tomar en cuenta que existen dos servidores públicos que se involucran en un acto administrativo declarado lesivo: 1. Aquel servidor público que era acreedor a los derechos subjetivos del acto administrativo declarado lesivo; y, 2. El servidor público que emitió el acto administrativo que en sentencia se declara lesivo.

Por una parte el servidor público que fue acreedor de los derechos subjetivos revocados al declarar el acto lesivo tiene la única responsabilidad de acogerse a la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y cesar de sus funciones.

Por otro lado, la responsabilidad del servidor público que emitió el acto administrativo declarado lesivo, es la de resarcir los daños mediante el derecho de repetición. El derecho de repetición se entiende como reclamación, reposición, demanda. Según como lo señala el autor René Quevedo en su obra “Derecho de Repetición” (2010, p. 36) diciendo que *“repetir entonces no se trata de otra cosa más que el reclamo de restitución que ha de hacerse contra*

un tercero (...). “(...) *En el caso del derecho de repetición del Estado su objetivo radicaré en intentar evitar la afectación al interés común o del erario público, al tiempo de situar la carga indemnizatoria en el real responsable del daño, esto es afectando al patrimonio personal del funcionario(a) o empleado(a) público cuya acción u omisión devino finalmente en una indemnización por un daño provocado y no del Estado.*” (QUEVEDO, 2010, p. 38)

Con lo establecido, se entiende entonces que el servidor público que emitió en su debido momento el acto administrativo que mediante sentencia fue declarado lesivo, tiene responsabilidad de responder frente al Estado sobre la pérdida que le ocasionó a éste, al haber otorgado derechos subjetivos a una persona que no era idónea.

Cabe mencionar, en relación al derecho de repetición cabe citar lo que la normativa legal vigente nos dice al respecto, procediendo a citar a la Constitución de la República en su Artículo 11 que menciona lo siguiente: “*El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

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

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

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

Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial, nos remite al su Artículo 33 en el cual, en relación al derecho de repetición menciona lo siguiente: *“(...) el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales (...)”*

Con lo señalado se evidencia la responsabilidad que se tiene por los dos lados en caso de que el acto sea declarado lesivo, llegando a la conclusión de que quién emite el acto administrativo, antes de hacerlo deberá realizar un estudio minucioso de la persona en favor de quien se emitirá el acto, con la finalidad de evitar un perjuicio al Estado y procurar no ser “víctima” del derecho de repetición.

No podemos dejar lo que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevé, al señalar en su Artículo 31, literal c) que: *“Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta.*

“Se entenderá haber negativa si transcurrieren treinta días sin que la autoridad administrativa que pudo dejar sin efecto el acto lesivo, haya dado resolución alguna, salvo el caso que la ley señale un plazo especial.” Hay que recalcar en este caso, que pese a que no habla de manera específica de una acción o recurso de lesividad, ya se prevé la anulación de ciertos actos lesivos, y se habla de haber agotado la vía administrativa, pese a que el agotar la vía administrativa ya no sea un requisito fundamental para impugnar en sede judicial; es claro que la acción de lesividad es planteada en sede judicial, y es el caso de la declaratoria de lesividad como tal la que se emite por el mismo órgano que emitió el acto que se busca anular; de esta forma pese a que no se

específica, esta ley ya busca anular aquellos actos lesivos para el orden público y que causan un determinado perjuicio a la entidad.

Con lo señalado anteriormente, y haciendo una concordancia con lo que el Código Orgánico de la Función Judicial establece en su Artículo 217, numeral 11, de manera clara ha establecido lo siguiente con respecto a las atribuciones y deberes de los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo: *“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.”*; haciendo hincapié en lo señalado en este código, podemos asumir y darnos cuenta que sí pueden ser declarados lesivos los actos administrativos por otras entidades que no se encuentren dentro de la Función Ejecutiva, como en muchos casos se ha creído, la fundamental distinción, es que aquellas entidades pertenecientes a cualquier poder del Estado, que no sea específicamente el Ejecutivo, acuden directamente al contencioso, con la pretensión de anular un acto emitido por ellas mismas, pero sin el precedente de primero tener que realizar la declaratoria de lesividad, acto que precede a la acción de lesividad, para las instituciones de la Función Ejecutiva. Por lo tanto, las instituciones que no se apegan a las normas del ERJAFE, sí pueden declarar lesivos los actos emitidos por ellas mismas pero acudiendo de manera directa al Contencioso Administrativo, sin la necesidad de una declaratoria previa, de que aquel acto que se busca revocar, es lesivo.

5.2.4 Casos prácticos de Lesividad

Para citar alguno de los casos y sentencias que en nuestro país se han dado con relación a la acción de lesividad, y su pertinente declaración, me permito tomar de la obra del Doctor Pico Mantilla (2007, p. 255), una de las sentencias y nombramientos dictados, que señala que no se ha seguido el debido proceso, siendo éste la declaratoria de lesividad, para la remoción de un cargo de un funcionario.

**NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. DECRETO EJECUTIVO 104:
DECLARACIÓN DE LESIVIDAD**

SEGUNDO: El actor, según reconoce expresamente la entidad demandada, inclusive al dar contestación a la casación, fue removido de su cargo, partiendo del supuesto de que su nombramiento había tenido carácter provisional y fundamentado en lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo N° 104, publicado en el Registro Oficial N° 17 de 6 de marzo de 1997, sosteniendo que la designación del recurrente tiene carácter ilegal, porque no cumplió con el período de prueba dispuesto por el Art. 99 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que igualmente es parte del Título III y se refiere a los funcionarios de carrera administrativa, condición de especialidad que no tiene el actor; y, en cuanto al Decreto Ejecutivo N° 104 antes mencionado, cierto es que éste acordó dejar sin efecto los nombramientos y contratos de trabajo expedidos sin sujeción a la ley, desde el 10 de agosto de 1996 hasta el 6 de febrero de 1997; mas tal disposición no creó una facultad arbitraria ni siquiera discrecional a favor de la entidad en la que desempeñaba sus funciones el servidor; es más, en guarda del principio de jerarquía, jamás podía reformar lo establecido por normas de carácter superior como la Constitución y las leyes.

En consecuencia, la interpretación correcta es la de considerar la disposición del Decreto antes aludido como lo que realmente era: una declaración de lesividad de las designaciones y contratos celebrados en violación de la ley en el período en ella señalado, en aplicación del Art. 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; que daba, como consecuencia, la facultad a la autoridad nominadora para acudir basada en ella, ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, proponiendo la correspondiente acción de lesividad en contra del titular del cargo o del contrato ilegalmente expedidos.

Analizando la respectiva jurisprudencia antes citada, se desprende que las instituciones públicas por desconocimiento de la ley y de los procedimientos

legales aplicables para cada caso, alegan el carácter de ilegal a un nombramiento provisional que claramente está otorgando derechos subjetivos, sea este provisional o definitivo. De esta forma, y siendo que el Decreto mencionado otorgado la facultad de remover de las instituciones a las personas que desempeñan funciones con contrato o nombramiento, y sobre todo en los casos de nombramiento, constituyen un acto administrativo que contiene y otorga al servidor derechos adquiridos, se debió haber recurrido al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo presentando la demanda que propone la debida acción de lesividad. Cabe además mencionar que el desconocimiento de las normas no eximen a las personas de responsabilidad alguna,

SENTENCIA No. 201-99157

DECLARACIÓN Y ACCIÓN DE LESIVIDAD. DECRETO EJECUTIVO 104

PRIMERO: Es del todo evidente que la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de la ciudad de Manta, pertenece al sector público, más también es evidente que no aparece norma alguna de la ley de creación ni de sus reglamentos que permita a sus autoridades, por máximas que estas fueran, dejar sin efecto los actos administrativos por ellas expedidos.

Por otra parte, un Decreto Ejecutivo por importante que éste sea en el orden jerárquico se encuentra subordinado a las disposiciones de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos, y en consecuencia sus disposiciones no pueden reformar las de tales instrumentos normativos.

Así entendido el verdadero alcance de una disposición contenida en un Decreto Ejecutivo, hemos de admitir que el dictado por el Presidente de la República, con el N° 104 y publicado en el Registro Oficial N° 17 de 6 de marzo de 1997, de ninguna manera puede reformar ni las disposiciones constitucionales, ni las leyes y reglamentos que establecen que los funcionarios de instituciones públicas no tienen otras atribuciones que las establecidas en la ley y, que previamente a la remoción de un funcionario que no sea de libre remoción ha de seguirse el trámite pertinente concediéndole el debido proceso, que incluirá

el derecho de defensa y sobre todo la existencia de una causal que justifique su remoción; y si, como en el caso alegado por el demandado, se considerare que se ha omitido en su designación alguno de los requisitos exigidos por la ley para la misma; para dejar sin efecto tal nombramiento, si la entidad no tiene expresa disposición legal que le faculte a hacerlo previamente debe declarar la lesividad de dicho nombramiento, luego de lo cual se debe intentar la acción de lesividad correspondiente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, pretendiendo que se deje sin efecto el acto administrativo del nombramiento que ella misma no puede declararlo sin efecto.

Así establecido el procedimiento respectivo, el Decreto Ejecutivo N° 104 no tenía otro efecto que el de ser una declaración de lesividad de carácter general, que consiguientemente autorizaba a las respectivas autoridades en los casos que fuera aplicable, a iniciar las pertinentes acciones de lesividad ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

COSTAS: HONORARIOS PROFESIONALES

TERCERO: Conforme señala expresamente la ley y la doctrina, los honorarios profesionales, constituyen uno de los rubros que integran las “costas” de un juicio, por lo que en caso de que no se establezca costas en una sentencia, resulta evidentemente ilegal el establecimiento de honorarios profesionales de cualquiera de las partes como ha ocurrido en el caso que no ocupa. (Pico Mantilla, 2007, p. 250)

Como ya se mencionó anteriormente, la administración pública no puede revocar por sí misma un acto declarativo de derechos, siendo para este caso en particular un nombramiento. De tal modo, se entiende que la entidad debe declararlo lesivo para proceder con el debido proceso y acudir al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, con el fin que efectivamente, mediante resolución del tribunal se declare lesivo al acto administrativo, quede sin efecto, y le persona acreedora de los derechos subjetivos pueda ser removida de la institución.

CAPÍTULO VI

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

6.1 CONCLUSIONES

En el desarrollo del presente trabajo se ha estudiado la impugnación de los actos administrativos en vía judicial, circunscribiendo nuestro estudio a un procedimiento especial que se plantea dentro de la misma vía, el mismo que tiene como característica esencial, el que es incoado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por los distintos órganos estatales que conforman el sector público quienes actúan como actores, respecto de actos declarativos de derechos, que no pueden ser revocados por el propio órgano que los emitió, procedimiento que constituye una excepción al principio general de impugnabilidad de los actos administrativos.

Para finalizar este estudio, se puede mencionar que el Contencioso Administrativo en nuestro país, cumple parcialmente con los principios establecidos en nuestra Constitución, pues es una instancia judicial que necesariamente debe ser reformada, dado a factores como una ley rectora ya obsoleta, que ha generado la abundante acumulación de causas sin despacho oportuno, esto sumando a casos de corrupción y de injerencia de otras funciones del Estado en la Función Judicial.

En base a lo expuesto, formulo las siguientes conclusiones:

1. Es de fundamental importancia saber que hay dos tipos de recursos que pueden ser planteados en la vía judicial: aquellos que puede proponer el administrado y aquellos que puede proponer la administración pública; en el primer caso recursos tales como el subjetivo o de plena jurisdicción y el objetivo o de anulación, y en el segundo caso la acción de lesividad

dentro de la cual las Administraciones Públicas actúan como parte actora.

2. En nuestro país nunca se ha aplicado efectivamente la acción de lesividad, recurso del cual goza la administración para revocar en vía judicial, aquellos actos que no pueden ser revocados por ella misma; siendo así hay que hacer mención que la jurisprudencia existente en nuestro país únicamente señala la falta de aplicación de este recurso por parte de las entidades de Estado para poder revocar aquellos actos declarativos de derechos.

3. Con lo señalado a lo largo del trabajo, podemos llegar a la conclusión de que es fundamental tener en el desarrollo jurídico de nuestro país, la ventaja de gozar con recursos tales, que nos permitan a los ciudadanos acudir a un ente regulador, que sea capaz de dejar sin efecto o rectificar aquellos actos que causan un perjuicio a la sociedad y al administrado de manera específica, a través de la impugnación de los actos emitidos por la Administración Pública, que de alguna manera están vulnerando nuestros derechos como administrados.

Por otra parte, es de gran importancia contar con un recurso que puede ser planteado por las mismas Administraciones Públicas, con el afán de revocar aquellos actos que han sido emitidos por ella misma, pero que no los puede revocar por estar otorgando derechos subjetivos, siendo que estamos hablando en este caso de la acción de lesividad; esta acción de gran importancia y un beneficio para las instituciones del sector público. Como ejemplo, cuando se ha emitido un nombramiento, en cuyo procedimiento se ha omitido el pertinente concurso de oposición y meritos, proceso legal que otorga a un particular un cargo en una entidad pública, siempre que se haya seguido el debido proceso, la acción de lesividad puede ser vista como un beneficio, el cual otorga la facilidad para la Administración, de revocar aquel acto que no ha sido emitido siguiendo el procedimiento administrativo señalado por ley.

6.2 RECOMENDACIONES

Con los temas abordados en este trabajo se pueden desglosar algunas recomendaciones, que de ser aplicadas en un futuro, le otorgarán a nuestro país globalmente, y a los procedimientos legales que se lleven a cabo, grandes beneficios, con los cuales podríamos eliminar aquellos vacíos legales, que dentro de la rama contencioso administrativa, muchas veces nos llevan a remitirnos a leyes supletorias, que no se adecuan por la naturaleza especialísima de esta materia a la realidad y a los procedimientos que se requieren.

Con lo señalado, entonces procedemos a señalar las recomendaciones una vez que ha sido analizado el Contencioso Administrativo y su desenvolvimiento dentro del campo judicial en nuestro país:

1. Como primera recomendación y dada la ausencia de procedimientos específicos y la cantidad de vacíos legales dentro de nuestra legislación en temas administrativos, sería importante la expedición de una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con un capítulo especial dentro del cual se trate la acción de lesividad, y adicionalmente, dentro del cual se establezca de manera taxativa el procedimiento a seguir para que esta acción sea aplicada, y a su vez, los requisitos fundamentales que se deben tomar en cuenta para que la Administración pueda recurrir a esta acción sin inconvenientes.
2. Creo fundamental la expedición de un Código Administrativo, que sea de carácter general, tanto de forma y aplicación para todas las instituciones del sector público, que regle a todos por igual, y que otorgue los mismos procedimientos, y preceptos legales para todas las entidades de la Administración Pública, sin que esto dependa de la Función del Estado dentro de la cual una determinada institución realiza sus labores.

3. Con lo señalado anteriormente, con respecto a la expedición de un Código Administrativo general, creería fundamental de igual manera establecer los procedimientos específicos que reglen por igual a todas las funciones del Estado, ya que como hemos visto, la declaratoria de lesividad, es un requisito previo únicamente para la Función Ejecutiva, siendo que las demás funciones pueden aplicar la acción de lesividad pero recurriendo de manera directa al Contencioso Administrativo, sin la declaratoria previa que lo hacen ciertas entidades de manera específica; por lo tanto un Código de Procedimientos Administrativos, dentro del cual se englobe a todas las entidades, y que no haya distinciones de procedimientos entre unas y otras y se pueda gozar con procedimientos generales para toda la Administración Pública, siendo que la administración acude al Contencioso no con el afán de impugnar sus propios actos, sino de revocarlos.

4. Debemos que tomar en cuenta, que no existe jurisprudencia que constante la aplicación efectiva de la acción de lesividad, con el afán de revocar un acto administrativo emitido por una entidad estatal, ya sea previa declaratoria de lesividad o acudiendo directamente al Contencioso; siendo así, cabe hacernos la pregunta, ¿qué es lo que hace falta para que dentro de nuestro país podamos tener precedentes jurisprudenciales que constaten la aplicación debida de un determinado proceso?, y la respuesta es simple, esto no se ha dado por la falta de conocimiento de las personas que dictan diariamente actos administrativos, y que dentro de esos puede existir alguno declarativo de derechos, pero que obvio ciertos procedimientos del debido proceso; de esta forma, y dado a que la falta de conocimiento exime a las personas y a las autoridades de la aplicación de un proceso que puede ser beneficio tanto para la sociedad como para ellos mismos, es conveniente una formación académica fundamental de los funcionarios, y así mismo, otorgar cursos de capacitación y de los preceptos legales que rigen a las instituciones del sector público para que se puedan

aplicar los procedimientos de los cuales pueden gozar, y en este caso específico, entrenamientos dando a conocer la funcionalidad, características y beneficios que daría la aplicación efectiva de la acción de lesividad, para que puedan revocar aquellos actos emitidos por ellos mismos.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- **ACOSTA ROMERO**, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 1999
- **ALTAMIRA GIGENA**, Julio Isidro, Curso de Derecho Administrativo, Ediciones de Palma, 1971
- **ALVAREZ TABIO**, Fernando, El proceso contencioso-administrativo, Editorial Librería Martí, 1954
- **BIELSA**, Rafael, Derecho Administrativo, 1947
- **BOQUERA**, José María, Estudios sobre el acto administrativo, Editorial Civitas, S.A., 1988
- **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Heliasta, 1972
- **CASSAGNE**, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo Perrot, 2002
- **DIEZ**, Manuel María, Derecho Administrativo Tomo VI, Editorial Plus ultra, 1972
- **DROMI**, Roberto, Derecho Administrativo, 12° edición, 2009
- **GONZÁLEZ PÉREZ**, Jesús, Los recursos administrativos, IEP, 1960
- **GORDILLO**, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Editorial Argentina, 2006
- **MANTILLA PINEDA**, Benigno, Filosofía del Derecho, Editorial Temis S.A, 2003
- **MONROY CABRA**, Marco Gerardo, Derecho Procesal Civil Parte General, Editorial ABC, 2001
- **MONROY GALVEZ**, Juan, Introducción al Proceso Civil Tomo I, Temis, 1996

- **MORGAN Jr.**, Eduardo, Los recursos contencioso-administrativos de nulidad y de plena jurisdicción en el derecho panameño, Centro de Investigación Jurídica, 1961
- **MOYA MILAN**, Edgar José, Derecho Contencioso Administrativo, Mobilibros, 2008
- **QUEVEDO**, René J., Derecho de Repetición, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010
- **ROYO VILLANOVA**, Antonio, Elementos de derecho administrativo, 1955
- **SERRA ROJAS**, Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 2009
- **VELÁZQUEZ BAQUERIZO**, Ernesto, La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo
- **ZAVALA EGAS**, Jorge, Derecho Administrativo tomo I, Edino, 1999

ARTÍCULO DE PRENSA

- **MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, Diego, El acto administrativo de efectos generales, Revista Judicial, Diario La Hora, Sección (C1), Martes 4 de enero de 2011, 2011

DOCUMENTO DE INTERNET

- **AGUILAR ANDRADE**, Juan Pablo, No. 45, Artículo # 1, La Acción de Lesividad, VIVANCO & VIVANCO, http://www.vivancoyvivanco.com/lex/LEX_ECUADOR_DIC_06.pdf, 3 de noviembre de 2010, 2006
- **AGUILAR**, Juan Pablo, Dispersión de la Legislación Administrativa causa inseguridad, http://www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2382&Itemid=426, 25 de junio de 2011, 2005
- **DROMI CASAS**, José Roberto, Acción de Lesividad, Revista de Administración Pública, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1059162>, 3 de noviembre de 2010, 1979
- **JARAMILLO ORDEÑEZ**, Hernán, Régimen Jurídico de la Administración Pública, Loja, Ecuador, Área Jurídica, Social y Administrativa, Modulo 11, <http://www.unl.edu.ec/juridica/wp-content/uploads/2010/03/modulo-11-regimen-juridico-de-la-administracion-publica.pdf>, 19 de enero de 2011, 2010
- **LÓPEZ MARTÍNEZ**, Daniel Eduardo, Derecho Contencioso Administrativo, Maracaibo, Venezuela, <http://www.monografias.com/trabajos6/decon/decon2.shtml>, 25 de junio de 2011, 2000
- **LUCERO ESPINOSA**, Manuel, La transformación del contencioso-administrativo en México,

<http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex107/BMD10712.pdf>, 25 de junio de 2011

- **PÉREZ MARCHÁN**, Carlos Rafael, Los orígenes de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Contencioso Administrativo en Venezuela, <http://es.scribd.com/doc/21543374/Origenes-de-la-Jurisdiccion-Contencioso-Administrativa-y-el-Contencioso-Administrativo-en-Venezuela>, 25 de junio de 2011, 2009
- **PICO MANTILLA**, Galo, Jurisprudencia Ecuatoriana de Casación Administrativa, Sentencia No. 233-99, Biblioteca Virtual de Derecho, Economía y Ciencias Sociales, <http://www.eumed.net/libros/2007c/326/LEY%20DE%20REGIMEN%20MUNICIPAL.htm>, 19 de enero de 2011, 2007

LEYES

- Código Orgánico de la Función Judicial, en Registro Oficial No. 395 de 4 de agosto (2008)
- Constitución de la República del Ecuador, en Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre (2008).
- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en Registro Oficial No. 536 de 18 de Marzo (2002).
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en Registro Oficial No. 338 de 18 de Marzo (1968).
- Ley de Modernización del Estado, en Registro Oficial 349 de 31 de Diciembre de (1993)

ANEXOS

ANEXO 1

- **28-VII-99 (Expediente No. 233-99, R.O. 292, 6-X-99)**

- **DERECHO DE ESTABILIDAD**

- **ACCIÓN DE LESIVIDAD**

- **RENUNCIA DE FUNCIONARIO PÚBLICO: Aceptación; término**

"... PRIMERO.- Consta de autos que el recurrente presentó la renuncia al cargo de Director de Cultura Municipal que venía desempeñando en la Municipalidad de Morona siendo así que con fecha 26 de agosto de 1996, esto es con posterioridad a la renuncia presentada por el recurrente se le hizo conocer la resolución de la Municipalidad del Cantón Morona de 20 de agosto de 1996 por la que se resolvió ratificarle en el cargo de Director de Cultura Municipal. Así mismo consta que en la sesión ordinaria de 20 de enero de 1997 se aceptó la renuncia presentada por el actor con anterioridad a la ratificación de su cargo, ante lo cual presentó el reclamo correspondiente, el cual fue contestado mediante comunicación de 3 de febrero de 1997, en la cual se señala que mediante resolución de 30 de diciembre de 1996, el Concejo procedió a revocar la resolución de 26 de agosto de 1996, porque a su criterio no se había cumplido con todos los requisitos legales en ejercicio del Art. 192 de la Ley de Régimen Municipal.

SEGUNDO.- El referido artículo tiene el siguiente texto: 'Los funcionarios y empleados municipales serán nombrados y removidos por el Alcalde o por el Presidente del Concejo con las excepciones establecidas en esta ley. Los nombramientos que para desempeñar puestos administrativos efectúe el Concejo, serán para período de cuatro años, pudiendo los funcionarios ser reelegidos.', es evidente que esta norma consagra un derecho de estabilidad en los cargos de los funcionarios municipales designados por el Concejo por un período de cuatro años, con el aditamento de que tales funcionarios pueden ser reelegidos. Ciertamente es que entre las atribuciones del Alcalde consta en el

numeral 24 del Art. 72 de la Ley de Régimen Municipal, la de someter al Concejo las ternas para que éste efectúe los nombramientos de los jefes de las direcciones señaladas por esta ley, así como del Tesorero y Gerente de estas empresas, mas es evidente que esta atribución, en aplicación estricta del texto legal, puede ser ejercida por el personero municipal para el nombramiento de los funcionarios que la ley señala, como también si ésta, conforme aparece de la transcripción, faculta al Concejo a reelegir a los funcionarios que inicialmente fueron elegidos de entre las ternas presentadas por el Alcalde, es innegable que para la reelección no es necesario nuevas ternas, pues, de lo contrario tal facultad concedida por la ley al Concejo podría quedar sin ningún efecto por la simple voluntad del Alcalde al no incluir en las nuevas ternas a quienes actualmente desempeñan los cargos.

TERCERO.- Por otra parte, enseña la doctrina y consagra la Constitución Política del Estado (Art. 124) y la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa que la designación en favor de una persona para un cargo público crea un derecho subjetivo de esa persona para mantenerse en él, mientras no contravenga las disposiciones legales, derecho subjetivo que sólo puede ser dejado sin efecto mediante los trámites expresamente señalados por la ley; sólo por excepción, como señala la Constitución en la regla antes señalada, los servidores públicos estarán sujetos a libre nombramiento y remoción. Así considerado el problema, es evidente que la normatividad de carácter general que establece el Art. 135 de la Ley de Régimen Municipal, según la cual para modificar, derogar o revocar los actos municipales se observará el mismo procedimiento establecido para su expedición, es una norma que establece únicamente la forma que se ha de adoptar, el rito que se ha de seguir para la modificación, derogación o reforma de los actos municipales; mas esta no crea derecho alguno para que el Concejo pueda dejar sin efecto, por su sola voluntad, derechos subjetivos que hayan nacido como consecuencia de los actos municipales. Pretender lo contrario como lo hace erróneamente la sentencia impugnada, sería admitir el sacrilegio en la doctrina administrativa, que por la simple voluntad de la mayoría de un Concejo se puede reformar la

designación de los funcionarios públicos, acto inminentemente reglado por la Constitución Política del Estado, en acto discrecional. De existir requisitos que en una designación se han omitido, de ser éstos sustanciales, el organismo autor de tales hechos que no esté expresamente autorizado para dejar sin efecto los derechos subjetivos que hayan originado el acto cumplido sin todas las exigencias legales, deben recurrir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en acción de lesividad, pretendiendo que se deje sin efecto el acto que no puede hacerlo por sí mismo; ésta es la única doctrina originada en las expresas disposiciones legales sostenidas unánimemente en la doctrina y cuya viabilidad en el campo positivo está consagrada en la disposición contenida en el Art. 23, lit. d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

CUARTO.- Finalmente la renuncia es una forma voluntaria de dar por terminadas las relaciones con el servidor público, la misma que se halla contemplada en el Art. 109, lit. a) de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, la cual para surtir pleno efecto conforme a la norma legal debe ser plenamente aceptada. El Art. 129 del Reglamento amplía el concepto señalando, que se entenderá que la renuncia se halla formalmente aceptada cuando la autoridad administrativa expida el correspondiente acto administrativo que así lo manifieste, el cual se notificará al renunciante, o si dentro de 15 días de presentada no existe pronunciamiento expreso por parte de la autoridad nominadora. La norma anterior claramente está estipulando que frente a la renuncia de un servidor público, la autoridad nominadora tiene un plazo de 15 días para contestar aceptándola o negándola. Si transcurriera el plazo sin contestación, la ley da un efecto expreso al silencio: se considera aceptada la renuncia. De ello se concluye con absoluta total evidencia que no se puede sostener la posibilidad de aceptar una renuncia en cualquier tiempo, sino sólo durante los 15 días siguientes a su presentación, plazo dentro del cual, únicamente tiene eficacia. En el caso, presentada la renuncia el 22 de agosto de 1996, con fecha 28 de los mismos mes y año se hace trascendente al renunciante la resolución adoptada el 26 de esos mismos mes y año, por la

cual se resuelve ratificarle en el cargo, o sea no aceptarle la renuncia dentro del plazo que tenía para ello; de allí que resulta inaceptable que se pretenda dar efecto a la renuncia el 20 de enero del año siguiente, es decir a los 170 y más días de presentada, cuando ésta conforme a derecho, había perdido toda validez. Por las consideraciones anteriores, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida y se dispone que el actor Lcdo. D. S. sea reintegrado a funciones de Director de Cultura Municipal en la Municipalidad de Morona por el tiempo que le reste para cumplir el lapso de cuatro años para el cual fue ratificado en sus funciones mediante resolución de 26 de agosto de 1996. No ha lugar a las otras reclamaciones...".

ANEXO 2

- 7-VI-2007 (Resolución No. 229-07, Sala de lo Contencioso Administrativo, E.E. 23, 4-III-2008)

- REMOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO: Requisitos

- ACTO ADMINISTRATIVO: Impugnación

- ACCIÓN DE LESIVIDAD

“VISTOS (453-2004): El recurso de casación que consta a fojas 880 a 884 del proceso, interpuesto por el doctor Edgar Agustín Guarderas Guarderas, respecto de la sentencia expedida por la Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1, el 6 de septiembre del 2004, a las 10h00, dentro del proceso signado con el número 453-2004, propuesto por el recurrente contra el Dr. Ernesto Mantilla Moreno, Director del Hospital Eugenio Espejo; sentencia en la que se ‘se rechaza a la demanda y se declara legítimo el acto administrativo’.- El recurrente fundamentó su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación: por falta de aplicación de los artículos 62 y 64 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 1 del Reglamento Único de Concursos para la provisión de Cargos Médicos a Nivel Nacional; 119 y 120 del Código de Procedimiento Civil; y 7 numeral 11 del Código Civil.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, avoca conocimiento de aquél y para resolver considera:

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interponen contra las sentencias o autos de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con el artículo 200 de la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.

SEGUNDO.- Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.

TERCERO.- El recurrente ha fundamentado su recurso en la infracción de los artículos 62 y 64 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigentes a la fecha de expedición de la acción de personal, en el sentido de que, sostiene el recurrente, se le ha destituido de su cargo de Jefe de Servicio de Neurocirugía, sin que medie sumario administrativo alguno, esto es, sin que se le haya dado oportunidad de defenderse. A este respecto, el Tribunal a quo en la sentencia materia de este recurso, en el considerando cuarto señala: 'Afirma, el actor, que el cargo de Jefe de Servicios de Neurocirugía lo obtuvo por concurso de merecimientos en el año de 1970, sin embargo su aserto no ha sido probado en derecho, como era su obligación primigenia, habiendo aportado únicamente copias de los siguientes documentos: a) Acción de Personal No. 70-1337 de 7 de septiembre de 1970, por la cual la Junta de Asistencia Social lo designa Médico 3 (Neurocirujano) 1ra. Ctg. Del Departamento 'Servicio de Cirugía' del Hospital 'Eugenio Espejo de Quito', pág. 237, esto es, no ha sido nombrado como Jefe de dicho Departamento. En la pág. 236 consta, se entiende la acción de personal de 5 de octubre de 1995, por la que la Dirección de Salud, 'se ratifica en la jefatura del Servicio de NEUROCIRUGÍA al Sr. Dr. Edgar Guarderas, tal como lo ha venido ejerciendo tiempo atrás, en definitiva se consagra una situación de hecho que no genera titularidad alguna... El actor no ha demostrado que accedió a la jefatura del Servicio de Neurocirugía del Hospital Eugenio Espejo mediante concurso de merecimientos'.- De los hechos constatados por el Tribunal a quo, que constan expuestos en la sentencia, no cabe duda que el recurrente venía ejerciendo el cargo de Jefe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Eugenio Espejo; lo que puntualiza el Tribunal a quo es que el recurrente no ha podido probar que accedió a este cargo por concurso de merecimientos, según el régimen para llenar los cargos médicos en instituciones de derecho público o de derecho privado con finalidad social o pública. El Tribunal a quo yerra al considerar que el cumplimiento o

incumplimiento de los procedimientos previstos para llenar los cargos médicos, modifican el procedimiento sancionatorio aplicable a los funcionarios públicos, sin considerar que, dependiendo de la regularidad de los actos administrativos en los que el administrado funda su derecho, el ejercicio de la autotutela administrativa puede encontrarse limitado, como se analizará en detalle en el considerando siguiente. Por esta razón, esta Sala estima que el Tribunal a quo dejó de aplicar los artículos 62 y 64 del Reglamento a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigentes a la época en que, mediante simple memorando, el No. 207-DRH-HEE-00, de 24 de abril del 2000, suscrito por el Director del Hospital Eugenio Espejo y el Jefe de Recursos Humanos, se removió al recurrente del cargo de Jefe de Servicio de Neurocirugía. En este sentido, es pertinente casar la sentencia dictada por el Tribunal a quo y, en su lugar, expedir la que corresponde, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación.

CUARTO.- El principal problema jurídico que han planteado las partes en la presente causa se restringe a determinar la legalidad del memorando No. 207-DRH-HEE-00, de 24 de abril del 2000, por el que el Director del Hospital Eugenio Espejo y el Jefe de Recursos Humanos removieron al actor del cargo de Jefe de Servicio de Neurocirugía; y, la definición de los efectos legales. Este problema jurídico ya fue analizado por esta Sala, en la Resolución No. 389-06 de 12 de diciembre del 2006, en el caso No. 152/04, Proaño C., Subsecretario General de Salud y otros. En dicha resolución se manifestó: 'No obstante lo señalado, en lo que respecta al régimen jurídico aplicable a los concursos para la provisión de los cargos médicos, particularmente previsto en el artículo 39 de la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana, el artículo 99 del Reglamento a dicha Ley y el Reglamento Único de Concursos para la Provisión de Cargos Médicos a nivel Nacional, esta Sala estima necesario insistir en los siguientes conceptos: a) El artículo 39 de la referida Ley de la Federación Médica Ecuatoriana, en concordancia con el artículo 99 de su Reglamento General, establece sin duda que los cargos médicos vacantes han de ser llenados previo concurso; y, para este efecto, fue expedido el Reglamento Único de Concursos

para la Provisión de Cargos Médicos a Nivel Nacional, mediante Decreto No. 1062, publicado en el Registro Oficial número 318, de 20 de noviembre de 1989; b) Ninguna de las normas invocadas autoriza a la autoridad nominadora a extender nombramientos 'provisionales'; y, c) La Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (artículo 113), vigente a la fecha del nombramiento, únicamente establecía el nombramiento 'provisional' para el caso de los cargos respecto de los que se encontraba pendiente procesos vinculados con la destitución o suspensión de funcionarios de carrera. De estas consideraciones se desprende que la autoridad nominadora, al extender el nombramiento a favor de la actora empleando la figura de la 'provisionalidad' de la designación, infringió el régimen jurídico sobre la provisión de cargos médicos previo concurso. Sin embargo, el hecho de que se haya producido la infracción al ordenamiento jurídico según queda anotado, no implica que el actor haya quedado desprotegido, pues el acto administrativo de su nombramiento, se presume legítimo hasta que sea declarado lo contrario. Ahora bien, tratándose de un 'acto administrativo regular' que ha generado derechos para los administrados sólo es posible dejarlo sin efecto por los vicios incurridos a través del mecanismo de la declaración y acción de lesividad. Con propósitos aclaratorios, es necesario señalar que la doctrina del 'acto administrativo regular' permite considerar que un acto administrativo de los que se derivan derechos para el particular y que no contiene vicios que generen su nulidad absoluta, no puede ser extinguido por razones de conveniencia o legitimidad en la misma sede de Administración en ejercicio de su propia autotutela: Se requiere acudir a los órganos jurisdiccionales previa declaratoria de su lesividad. De otra parte, dado que no es posible sostener en el presente caso que el acto administrativo de designación puede ser extinguido por la misma Administración en ejercicio de su autotutela por los vicios detectados, es claro que la relación sólo pudo concluir por una de las causales de destitución previstas en la Ley y previo el procedimiento debido... Finalmente, es necesario reiterar que es del todo irrazonable sostener que el ordenamiento jurídico ecuatoriano ampara una situación de precariedad como la que ha sido materia de este proceso, atendiendo la conducta impropia de los funcionarios públicos

responsables que, sin acatar el mandato previsto en el artículo 39 de la Ley de la Federación Médica Ecuatoriana, llenan los cargos médicos vacantes' (el subrayado es de la Sala).- Al aplicar estos criterios al caso puesto a consideración de la Sala, aparece lo siguiente: a) El actor venía ejerciendo el cargo de Jefe del Servicio de Neurocirugía del Hospital 'Eugenio Espejo', tal como consta en la Acción de Personal de 5 de octubre de 1995, suscrita por el Director del Hospital Eugenio Espejo y la Jefe de Recursos Humanos. En dicha acción de personal se lee, bajo el numeral 8, Situación Propuesta, lo siguiente: Dirección: Hospital 'Eugenio Espejo'; Departamento o Sección: Neurocirugía; Puesto: Jefe del Servicio como lo ejercía; lugar de trabajo: Quito; remuneración mensual \$. 622.200; partida presupuestaria No.: 1320-1420-J400.000-17-02-1110-000-4-0-00-245. El hecho de que el actor ejercía el cargo de Jefe del Servicio de Neurocirugía fue admitido por la parte demandada en su contestación a la demanda (fs. 28), pese a que ha alegado que estas funciones la desempeñada por encargo, que no se lo designó por concurso de merecimientos, que no existía partida presupuestaria para el cargo y que se trataba de un puesto de libre nombramiento y remoción. 2) La inexistencia de partida presupuestaria para el cargo no corresponde a la realidad procesal, en virtud del contenido de la acción de personal de 5 de octubre de 1995. 3) La afirmación del demandado de que a la fecha de designación del actor como Jefe del Servicio de Neurocirugía no existía concurso de merecimientos para acceder al cargo, es errada, en virtud del contenido del artículo 40 de la Ley No. 1062, publicada en el Registro Oficial número 132 de 3 de octubre de 1966. Lo que sí demuestra tal aserto es el defectuoso proceder de la autoridad nominadora que, como se ha señalado, no puede afectar la situación del administrado, en virtud del artículo 96 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. 4) El acto administrativo con el que se designó al actor como Jefe del Servicio de Neurocirugía se ha de presumir legítimo, hasta que se declare lo contrario. Dado que se trata de un acto administrativo regular, es decir, un acto que por sí mismo no contiene vicios invalidadables, sólo procede su extinción previa la declaración y ejercicio de la acción de lesividad. 5) Dado que el acto administrativo se presume legítimo y no ha sido extinguido,

la única manera en la que el actor podía ser separado de su cargo es por el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, según las causales previstas en la ley, previo el procedimiento correspondiente, que permita la defensa del funcionario, esto es, el sumario administrativo. 6) No consta en el proceso que se haya incoado el sumario administrativo al que se ha hecho referencia, para la separación del actor del cargo de Jefe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Eugenio Espejo; por el contrario, aparece en el expediente que, luego de que el actor fue separado de su cargo, se le inició un sumario administrativo por abandono de sus funciones, que dio origen a la acción de personal No. 242-DRH-HEE, de 31 de agosto de 2000. En tal virtud, el memorando No. 207-DRH-HEE-00, de 24 de abril del 2000, suscrito por el Director del Hospital Eugenio Espejo y el Jefe de Recursos Humanos, con el que se removió de su cargo al actor es ilegal, y son, por consecuencia, también ilegales todos los actos administrativos posteriores que se han producido con ocasión de la separación ilegítima del actor del cargo que venía desempeñando, esto es, la acción de personal número 242-DRH-HEE, de 31 de agosto del 2000 y el procedimiento administrativo que le dio origen.

QUINTO.- Esta Corte ha reiterado en múltiples ocasiones que la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (artículo 112) vigente a la fecha en que se produjo el acto administrativo ilegal, materia del proceso, establecía que cuando el servidor público de carrera recibiese fallo absolutorio de la Junta de Reclamaciones, a más del reintegro de sus funciones, tenía derecho a los sueldos que dejó de percibir; sin embargo, esta disposición de la ley deja bien en claro que la garantía de estabilidad por sí sola no da derecho al servidor ilegalmente destituido a percibir los sueldos que ha dejado de recibir durante el lapso de su separación, y en consecuencia, la concesión de tales sueldos dejados de percibir sólo puede darse cuando el funcionario pertenecía al régimen de carrera administrativa establecido por la ley. Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia y, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación, se acepta parcialmente

la demanda, y se dispone que el actor, doctor Edgar Agustín Guarderas Guarderas, sea restituido al cargo que venía ejerciendo en el Hospital Eugenio Espejo, antes de que fuera emitido el memorando No. 207-DRH-HEE-00, de 24 de abril de 2000, acto administrativo que se declara ilegal. La restitución del actor al cargo de Jefe del Servicio de Neurología del Hospital Eugenio Espejo se ejecutará dentro del plazo improrrogable de diez días contados desde la fecha en que se ejecutorie la presente sentencia.- Se declaran ilegales también los actos administrativos posteriores a la fecha de expedición del memorando No. 207-DRH-HEE-00, de 24 de abril del 2000, en particular, la acción de personal No. 242-DRH-HEE, de 31 de agosto del 2000 y el procedimiento administrativo que le dio origen.- Sin costas.- Atento el oficio No. 1554-DNP, de 1 de junio del 2007, suscrito por el Director Nacional de Personal de la Función Judicial, que se remite a la acción de personal No. 572-DNP, de 30 de mayo del año en curso, actúe, por encargo, la Secretaria Relatora de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, en reemplazo de la Secretaria titular del despacho.-Notifíquese, publíquese y devuélvase.”

ANEXO 3

- **27-II-2007 (Resolución No. 90-2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, E. E. 10, 16-I-2008)**

- **ACCIÓN DE LESIVIDAD: Requisitos**
- **EXTINCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**
- **NULIDAD DE PLENO DERECHO**

“VISTOS: (125-2004): El recurso de casación que consta a fojas 224 a 227 del proceso, interpuesto por el doctor Efrén Gavilanes Real, Director Nacional de Patrocinio, delegado del Procurador General del Estado, respecto de la sentencia expedida por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 1, de 1 de marzo del 2004, a las 11h57, dentro del proceso signado con el número 3972 MHM, propuesto por el Procurador General del Estado en contra de la empresa THOR C.A., sentencia en la que se ‘declara inadmisibile la demanda’.- El recurrente fundamenta su recurso en las causales primera y tercera del artículo 3 de la Ley de Casación, por falta de aplicación de los artículos: 18 y 272 de la Constitución Política, 1726 del Código Civil, y, 38 de la Ley de Modernización del Estado; y, por errónea interpretación de los artículos 13 y 97 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.- Al haberse concedido el recurso y sometido el caso a resolución de la Sala, ésta, con su actual conformación, avoca conocimiento de aquél y para resolver considera:

PRIMERO.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia es competente para conocer y resolver los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias o autos de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con la Constitución Política de la República y la Ley de Casación en vigencia.

SEGUNDO.- Se ha agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, sin que exista nulidad alguna que declarar.

TERCERO.- Esta Corte ha señalado en múltiples ocasiones que, para que prospere un recurso fundado en la causal tercera, es imprescindible que el recurrente identifique la prueba o pruebas respecto de las cuales el Tribunal Distrital ha infringido el ordenamiento jurídico; establezca la norma o normas de tasación o procesales que estima infringidas; demuestre razonadamente la manera en que el Tribunal ha incurrido en la infracción; señale la norma o normas de derecho que por efecto de la violación de orden procesal han dejado de ser aplicadas o han sido aplicadas defectuosamente; y, la manera en que esto último se ha producido. En el caso que se discute, el recurrente ha enunciado únicamente la causal general, sin ningún otro detalle que permita a esta Sala analizar y acoger la acusación que el recurrente hace al fallo por la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación.

CUARTO.- Según consta a fs. 33 del proceso, el Procurador General del Estado solicitó que el Tribunal Distrital declare 'la nulidad absoluta del acto administrativo contenido en el oficio de 16 de diciembre de 1996, que, con el carácter de secreto, dirigió el Ing. Miguel Salem Kronfle, como Secretario General de la Administración Pública, al señor Germán Venegas U. Gerente General de la empresa 'Thor C.A.', compañía anónima de productos para la defensa y seguridad'; y, para tal efecto, invocó el régimen jurídico de la acción de lesividad previsto en el artículo 23, letra d), de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, así como, el sistema de contratación aplicable para el sector público en la época en que se emitió el acto administrativo impugnado (en particular, los artículos: 1, 4 literal a, 6, 65, 63 letra b, y 66 de la Ley de Contratación Pública; 7 y 77 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública; y, 382 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control). En este sentido, el thema decidendum consistió en la determinación de la existencia o no de la nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado y los efectos que se derivan de tal nulidad. El Tribunal a quo en la sentencia (fs. 221

y 222) materia de este recurso, luego de analizar la institución de la declaratoria y acción de lesividad, entiende que 'la lesividad sólo es posible respecto de los actos declarativos de derechos. En la especie -señala el Tribunal Distrital- es evidente que el acto materia de la impugnación no es de aquellos actos declarativos de derechos; sino que más bien se inscribe dentro de los actos denominados actos convencionales de la administración pública; por medio del cual se ha generado una relación de naturaleza bilateral, haciendo nacer obligaciones recíprocas entre la demandada y el Estado Ecuatoriano, por medio del cual se generó la obligación'. En relación con esta afirmación, el recurrente sostiene que, si es verdad cuanto ha afirmado el Tribunal a quo, éste debió aplicar el artículo 1726 (actualmente 1699) del Código Civil, que establece: 'La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el acto o contrato; puede alegarse por todo el que tenga interés en ello, excepto el que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba; puede asimismo pedirse por el ministerio público, en interés de la moral o de la ley; y no puede sanearse por la ratificación de las partes, ni por un lapso que no pase de quince años'. Aclara el recurrente, sin embargo, que el Tribunal a quo yerra al calificar el acto impugnado como un contrato. En efecto, esta Sala estima que el Tribunal a quo ha incurrido en un error in iudicando al calificar el acto administrativo contenido en la comunicación sin número de 16 de diciembre de 1996, suscrita por el ingeniero Miguel Salem, Secretario de la Administración Pública, como un contrato; y, más aún, al haberlo hecho así, debió aplicar las reglas de contratación para determinar si dicho 'acto' era o no nulo como lo sostuvo el actor en su demanda, sin importar -claro está- la conclusión a la que pudo arribar. En efecto, una de las reglas que debió considerar, en el momento de efectuar la calificación del acto impugnado como contrato, era el artículo 1726 (actualmente 1699) del Código Civil, en relación con las normas jurídicas que invocó el actor en su demanda, esto es, los artículos: 1, 4 literal a), 6, 65, 63 letra b) y 66 de la Ley de Contratación Pública; 7 y 77 del Reglamento a la Ley de Contratación Pública; y, 382 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control. Aunque el

Tribunal definió -en concepto de esta Sala- un hecho equivocadamente, debió, por consecuencia, subsumir este hecho en la norma o conjunto de normas que regulan esa situación jurídica, de acuerdo con el *thema decidendum* planteado por el actor en su demanda, contrastándolo con las defensas y excepciones propuestas por el demandado. Este es, pues, un caso típico de falta de aplicación de una norma jurídica derivado de los mismos hechos calificados y determinados por el Tribunal Distrital; calificación y determinación que, ordinariamente, no pueden revisarse en casación, si no es por la invocación y justificación completa de la causal tercera del artículo 3 de la Ley de Casación. Adicionalmente a este defecto -la falta de aplicación de la norma que corresponde a los hechos definidos por el mismo Tribunal-, que en sí mismo es razón suficiente para casar la sentencia, fundamentación del fallo, el Tribunal a quo efectuó un razonamiento condicional y subsidiario con el que emitió su resolución, que merece ser considerado por su relevancia en las actuaciones futuras de los tribunales de instancia. El Tribunal Distrital señala: 'Aún (sic) en el caso que respecto del acto impugnado fuere procedente la lesividad; debió obtenerse previamente la emisión del Decreto Ejecutivo que declare la lesividad...'. A este respecto, esta Sala estima que no es posible que en una sentencia, (la cual debe ser adecuadamente motivada, de conformidad con el artículo 24, numeral 13 de la Constitución Política) se empleen argumentos condicionales y subsidiarios; es decir, ningún Tribunal podrá considerar que su tarea de hacer efectiva la tutela judicial se ha cumplido, con las exigencias de seguridad jurídica en su vertiente de la predecibilidad en la aplicación del ordenamiento jurídico, si para resolver emplea una fórmula similar a: 'Si este argumento no es válido y verdadero (condición), entonces este otro sí lo será (en subsidio del primero)'. Este tipo de vicio deberá ser acusado, invocando la causal quinta del artículo 3 de la Ley de Casación.- Ahora bien, una vez analizada la pertinencia de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación por falta de aplicación del artículo 1726 (actualmente 1699) del Código Civil a los hechos calificados y determinados por el Tribunal a quo, corresponde dictar la respectiva sentencia, de conformidad con el artículo 16 de la Ley de Casación.

QUINTO.- Como queda indicado, el thema decidendum en el presente caso, se constriñe a determinar si el acto impugnado es o no nulo y, para tal efecto, es necesario referirse al régimen jurídico para la extinción de los actos administrativos, iniciando por establecer la naturaleza jurídica del acto impugnado. Esta Sala considera que la comunicación sin número, de 16 de diciembre de 1996, suscrita por el ingeniero Miguel Salem, Secretario de la Administración Pública contiene un verdadero acto administrativo, en los términos definidos en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, aunque este acto administrativo haya sido dictado con ocasión del establecimiento de una relación contractual -que además es manifiestamente irregular-. En efecto, los artículos 76 y 77 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva permiten afirmar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano reconoce la doctrina de los actos separables en la formación de la voluntad de la administración en los contratos administrativos, y la posibilidad de su judicialización, atendiendo su individualidad y naturaleza. Así, la primera de las normas referidas establece que: 'Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación' (El subrayado es de la Sala). En tanto que el artículo 77 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva señala que: 'Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva' (El subrayado es de la Sala).- De otra parte, el régimen jurídico ecuatoriano reconoce dos causas para la extinción de los actos administrativos: (a) por razones de legitimidad; y, (b) por razones de oportunidad (En este sentido, el artículo 90 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva). La legitimidad, que constituye

una de las causas para la extinción de los actos administrativos, está referida a su validez. En el ámbito administrativo se prevén dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical) descrita principalmente en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y los artículos 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (y actualmente, también, en el artículo 129 ibídem); y, la anulabilidad (o nulidad relativa) descrita principalmente en el artículo 95 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (y actualmente, también, en el artículo 130 ibídem). De conformidad con el artículo 95 ibídem, todos los actos administrativos que no se encuentren incursos en los supuestos de nulidad de pleno derecho, previstos en el artículo 94 ibídem, pero que de cualquier modo infrinjan el ordenamiento jurídico, son actos administrativos anulables.- Por otro lado, la oportunidad (conveniencia y mérito), que constituye la otra razón para extinguir actos administrativos está referida a la justificación fáctica del acto. Cuando existen razones de orden público, la administración está autorizada a declarar la extinción de un acto administrativo en razón de su oportunidad (conveniencia y mérito). En este supuesto, no existen infracciones al ordenamiento jurídico que deban ser acusadas en el acto administrativo (en este sentido, el artículo 91 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva).- Ahora bien, en lo que al caso importa, de conformidad con el primer inciso del artículo 89 y el artículo 90 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (y actualmente, también, el numeral 1 del artículo 167 ibídem), los actos administrativos pueden extinguirse, aun de oficio y en sede administrativa, en cualquier momento, por razones de legitimidad y de oportunidad, con los efectos previstos para cada caso en los artículos 91, 92, 93 y 95 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.- Esta regla tiene como única excepción el supuesto de los 'actos administrativos regulares' de los que se desprenden derechos para el administrado, según el régimen previsto en el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. A este respecto es necesario definir lo que se entiende por un acto administrativo regular. El

concepto de acto regular, que es tomado de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la doctrina de Francia, implica que el acto administrativo del que se trate reúna las condiciones esenciales de validez. Así, la estabilidad del acto se conecta con la clasificación de las nulidades, por lo que, un acto regular comprende tanto los actos válidos como aquéllos que adolecen de un vicio de nulidad relativa. Vinculando este planteamiento con la elaboración que esta Corte ha efectuado de los actos ilegales (género) y los actos nulos (especie), con base en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tenemos que en el ámbito de nuestra cultura jurídica son actos regulares todos aquellos que no adolezcan de uno de los vicios de nulidad previstos en el artículo 59 ibídem. Del mismo modo, siguiendo las normas contenidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, son regulares tanto los actos administrativos legítimos como aquellos que adolecen de vicios convalidables. Pues bien, si del acto administrativo regular ('no anulable', en los términos del artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva) se desprenden derechos para el administrado, su extinción no podrá ser efectuada, si es que no media la declaración de lesividad (artículo 97 ibídem) y el subsecuente ejercicio de la acción de lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (letra d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Sexto.- Que no se encuentren incursos en los supuestos de nulidad de pleno derecho, previstos en el artículo 94 ibídem, pero que de cualquier modo infrinjan el ordenamiento jurídico, son actos administrativos anulables.- Por otro lado, la oportunidad (conveniencia y mérito), que constituye la otra razón para extinguir actos administrativos está referida a la justificación fáctica del acto. Cuando existen razones de orden público, la administración está autorizada a declarar la extinción de un acto administrativo en razón de su oportunidad (conveniencia y mérito). En este supuesto, no existen infracciones al ordenamiento jurídico que deban ser acusadas en el acto administrativo (en este sentido, el artículo 91 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva).- Ahora bien, en lo que al caso importa, de conformidad

con el primer inciso del artículo 89 y el artículo 90 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (y actualmente, también, el numeral 1 del artículo 167 ibídem), los actos administrativos pueden extinguirse, aun de oficio y en sede administrativa, en cualquier momento, por razones de legitimidad y de oportunidad, con los efectos previstos para cada caso en los artículos 91, 92, 93 y 95 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.- Esta regla tiene como única excepción el supuesto de los 'actos administrativos regulares' de los que se desprenden derechos para el administrado, según el régimen previsto en el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. A este respecto es necesario definir lo que se entiende por un acto administrativo regular. El concepto de acto regular, que es tomado de la Jurisprudencia del Consejo de Estado y de la doctrina de Francia, implica que el acto administrativo del que se trate reúna las condiciones esenciales de validez. Así, la estabilidad del acto se conecta con la clasificación de las nulidades, por lo que, un acto regular comprende tanto los actos válidos como aquéllos que adolecen de un vicio de nulidad relativa. Vinculando este planteamiento con la elaboración que esta Corte ha efectuado de los actos ilegales (género) y los actos nulos (especie), con base en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tenemos que en el ámbito de nuestra cultura jurídica son actos regulares todos aquellos que no adolezcan de uno de los vicios de nulidad previstos en el artículo 59 ibídem. Del mismo modo, siguiendo las normas contenidas en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, son regulares tanto los actos administrativos legítimos como aquellos que adolecen de vicios convalidables. Pues bien, si del acto administrativo regular ('no anulable', en los términos del artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva) se desprenden derechos para el administrado, su extinción no podrá ser efectuada, si es que no media la declaración de lesividad (artículo 97 ibídem) y el subsecuente ejercicio de la acción de lesividad ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (letra d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

SÉPTIMO.- La extinción de los actos administrativos que contienen vicios inconvalidables constituye un deber jurídico. En este sentido, el artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que 'cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados' (El subrayado es de la Sala). A este respecto, el profesor García de Enterría (Curso de Derecho Administrativo, t. I, 7ma. ed., Civitas, Madrid, 1995, pp. 585 ss) explica: '[L]a esencia de la nulidad de pleno derecho consiste en su trascendencia general. La gravedad de los vicios trasciende del puro interés de la persona a la que afecta y repercute sobre el orden general... La nulidad de pleno derecho resulta entonces de orden público lo cual explica que pueda ser declarada de oficio por la propia Administración e incluso, por los Tribunales, aun en el supuesto de que nadie haya solicitado esa declaración. Este carácter de orden público de la nulidad de pleno derecho, explícitamente consagrado en la jurisprudencia...supone, además, que su pronunciamiento debe hacerse en todo caso en forma preferente, y aun excluyente, con respecto a cualquier otro, incluidos los relativos a la admisibilidad misma del recurso. Nada importa, por tanto, que el recurso jurisdiccional haya sido interpuesto fuera de plazo o por persona no legitimada, que el acto nulo objeto del mismo sea simple reproducción o confirmación de otro anterior no impugnado o que concurren cualesquier otras causas de inadmisibilidad. El Tribunal está facultado, y obligado, a declarar de oficio, por propia iniciativa, la nulidad del acto en todo caso, en interés del orden general, del orden público, del ordenamiento mismo que exige que se depuren en cualquier momento los vicios cuya gravedad determina la nulidad del acto al que afectan' (El subrayado es de la Sala).- Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia materia del recurso interpuesto y, en razón de lo previsto en el artículo 16 de la Ley de Casación, se acepta la demanda y, en tal virtud, se declara la nulidad de pleno derecho de la comunicación, sin número, de 16 de diciembre de 1996, suscrita por el ingeniero Miguel Salem, Secretario de la Administración Pública, materia

del presente proceso. Se dispone, también, la remisión del proceso, en copia certificada a la Contraloría General del Estado y al Ministerio Público, para que procedan conforme a derecho en el ámbito de sus competencias.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase. ...”.²