



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIOHUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**La declaración de lesividad de un acto administrativo y la acción
contenciosa de lesividad**

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Muñoz Vélez Edison Sebastián

DIRECTOR: Carrión González Paúl Edvaldo

CENTRO UNIVERSITARIO CUENCA

2014

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Doctor

Paúl Edvaldo Carrión González

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado “La declaración de lesividad de un acto administrativo y la acción contenciosa de lesividad” realizado por Edison Sebastián Muñoz Vélez, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, febrero de 2014

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, Edison Sebastián Muñoz Vélez, declaro ser autor del presente trabajo de fin de maestría “La declaración de lesividad de un acto administrativo y la acción contenciosa de lesividad”, de la Titulación Maestría en Derecho Administrativo, siendo el Doctor Paúl Edvaldo Carrión González, el director del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

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

f.

Autor: Edison Sebastián Muñoz Vélez

Cédula: 0104262472

DEDICATORIA

Todo el esfuerzo y la constancia que han dado como resultado la elaboración de esta Tesis, lo dedico con mucho amor y cariño a toda mi querida familia. A mi hija Martina y a mi amada esposa Lizbeth quienes han sabido darme el aliento y las fuerzas necesarias para concluir con éxito este trabajo, con el amor que me entregan todos los días de mi vida. A mis padres Edison y Catalina, que a más de ser mis ejemplos de vida, amor y profesionalismo, siempre estuvieron pendientes de mi superación como profesional, entregándome su cariño y apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a la Universidad Técnica Particular de Loja, por haberme otorgado la oportunidad de continuar con mis estudios, a través de la modalidad a distancia, pues sin este mecanismo, hubiese sido imposible realizar un estudio de Posgrado; así mismo, agradezco a mi esposa Lizbeth por haberme permitido alcanzar el objetivo que hoy se plasma en este documento, a la paciencia con la cual me supo comprender y apoyar, durante todo este tiempo utilizado para el desarrollo de la presente investigación.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARÁTULA.....	I
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA	II
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS	III
DEDICATORIA	IV
AGRADECIMIENTO	V
RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	5
1. DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	5
1.1 Conceptos doctrinarios.....	6
1.1.1 Análisis de su concepto	8
1.2 Elementos esenciales	11
1.2.1 Competencia	11
1.2.2 Objeto.....	15
1.2.3 Voluntad.....	15
1.2.4 Forma.....	16
1.3 Formalidades de los actos administrativos	17
1.4 Caracteres.....	18
1.4.1 Presunción de legitimidad	18
1.4.2 Ejecutividad.....	19
1.4.3 Ejecutoriedad	20
1.4.4 Suspensión de la ejecución	21
1.4.5 Estabilidad.....	22
1.4.6 Impugnabilidad.....	22
1.5 Efectos	23
1.6 Nulidades	24
1.7 La Revocatoria de los actos administrativos	26

1.7.1	Razones para la revocatoria	27
1.7.2	La Potestad revocatoria de la administración pública.....	27
1.7.3	Los Actos Administrativos revocables y no revocables	28
1.8	Clases	29
a)	Actos decisorios externos y actos no decisorios	30
b)	Actos resolutorios y de trámite	30
c)	Actos favorables y actos de gravamen.....	30
d)	Otras distinciones funcionales:.....	31
CAPÍTULO II.....		32
2.	LA LESIVIDAD.....	32
2.1	El Recurso de lesividad como resultado de la administración pública.....	33
2.1.1	Conceptos doctrinarios	34
2.2	El Recurso de lesividad en nuestro ordenamiento jurídico	36
2.2.1	Constitución de la República del Ecuador	36
2.2.2	Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa	38
2.2.3	Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización	40
2.2.4	Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva	41
2.3	Naturaleza jurídica del recurso de lesividad y su aplicabilidad en el nuevo aspecto constitucional	43
2.4	La declaración de lesividad por parte del órgano administrativo	45
2.4.1	Declaración previa	46
2.4.2	Autoridad competente	48
2.4.3	Término.....	49
CAPÍTULO III.....		62
3.	LA ACCIÓN CONTENCIOSA DE LESIVIDAD	62
3.1	La acción contenciosa de lesividad ante los tribunales distritales de la jurisdicción contenciosa administrativa.	63
3.1.1	Requisitos	63
3.1.2	Plazos	65
3.1.3	Procedimiento	66
3.1.4	Sentencia	69

CAPÍTULO IV	71
4. ESTUDIO DE CASOS	71
1.1 Análisis de sentencias de acciones de lesividad.....	72
1.2 Contratación de hipótesis y objetivos	89
CAPÍTULO V	83
5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	83
5.1 Conclusiones.....	84
5.2 Recomendaciones.....	85
5.3 Observaciones al proyecto de Código Orgánico General de Procesos presentado en la Asamblea Nacional	86
BIBLIOGRAFÍA.....	90

RESUMEN

La presente investigación permitió definir claramente el procedimiento que debe observar la administración pública institucional, cuando pretenda retirar del mundo jurídico un acto administrativo productor de derechos subjetivos a favor de un tercero. Para ello se realizó un análisis completo del acto administrativo, así como de la necesidad que tiene la administración pública, de declarar lesivo para el interés público, un acto administrativo generador de derechos subjetivos, para posteriormente acudir ante los órganos judiciales, y deducir la correspondiente acción de lesividad y así demandar la nulidad del acto administrativo.

En esta investigación se analizó la doctrina tanto nacional, como extranjera, que ha ocupado su estudio en la figura de la lesividad; se analizó la escasa normativa existente en nuestro país, que ha regulado a la institución de la lesividad, así como la jurisprudencia que ha dejado precedentes al respecto, extrayendo la información más relevante, que permitió obtener un procedimiento claro y preciso, que permitirá a la administración pública institucional, cumplir con el debido proceso que se requiere para dejar sin efectos jurídicos, un acto administrativo generador de derechos subjetivos.

PALABRAS CLAVES: El acto administrativo, la declaratoria de lesividad del acto administrativo, la acción contenciosa de lesividad.

ABSTRACT

This research allowed to clearly define the procedure that the institutional public administration should observe when intends to remove from the legal world, an administrative act that is producer of subjective rights that favors a third party. Therefore, a complete analysis of the administrative act was performed, as well as the need of the public administration, to declare harmful to the public interest. It is an administrative act, which generates subjective rights in favor of third parties that afterwards the judicial members are able to deduce corresponding actions of harmfulness and then demand the annulment of the administrative act.

For this result, the national and international doctrines were analyzed, which occupied their studies in the figure of harmfulness; the limited regulations existing in our country were also analyzed, which have regulated the institution of harmfulness, as well as the jurisprudence that left precedents on that subject by extracting the most relevant information. This allowed to obtain a clear and precise procedure in order to make the institutional public administration observe the right process that is required to leave without legal issues, an administrative act, generator of subjective rights.

KEYWORDS: The administrative act, harmfulness declaration of the administrative act, the contentious act of harmfulness.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio, va encaminado básicamente a establecer cuál es el procedimiento previo que en sede administrativa deben observar los organismos de la administración pública institucional, para declarar un acto administrativo que ha generado y producido derechos subjetivos a terceros, como lesivo para el interés público, ya sea por cuestiones de oportunidad o legitimidad. Así mismo, lo que se busca con esta investigación, es determinar cuál es el trámite que deben observar los organismos de la administración pública institucional, cuando pretendan iniciar una acción contenciosa de lesividad, en sede jurisdiccional, a fin de que un acto administrativo que ha sido declarado previamente como lesivo para el interés público, sea retirado del mundo jurídico y declarado como nulo.

Para el efecto, la presente investigación se ha desarrollado en cinco capítulos; en el primer capítulo se realizará un análisis profundo del acto administrativo, a fin de determinar cuáles son sus elementos esenciales, las formalidades que deben cumplirse para su valides, sus caracteres, efectos, nulidades, su revocatoria y las clases de actos administrativos. En el segundo capítulo se estudiará a la institución de la lesividad, sus conceptos doctrinarios, a las normas que regulan al recurso de lesividad dentro de nuestro ordenamiento jurídico vigente, así como a su naturaleza jurídica; además en este capítulo se establecerá el procedimiento y términos que debe observar la administración pública, para la declaratoria de lesividad del acto administrativo. En el tercer capítulo se estudiará a la acción contenciosa de lesividad, sus requisitos, plazos y procedimiento ante los órganos judiciales. En el capítulo cuarto, se analizará las sentencias y jurisprudencia existente, con respecto a las acciones de lesividad, así como se realizará una contrastación de hipótesis y objetivos alcanzados con la presente investigación, para en el capítulo quinto realizar las correspondientes conclusiones y recomendaciones, así como algunas observaciones al proyecto de Código Orgánico General de Procesos presentado en la Asamblea Nacional, por parte del Consejo de la Judicatura.

Es preocupante el accionar de la administración pública, cuando pretenden dejar sin efectos jurídicos, un acto administrativo que ha producido derechos subjetivos a terceros, pues la mayoría de decisiones administrativas, han sido ejecutadas sin observar el procedimiento previo que deben cumplir para este cometido, mismas que han ocasionado que se obtengan fallos contrarios al Estado, y la no observancia del principio de seguridad jurídica a favor de los administrados, por lo que el resultado de la presente investigación será muy valiosa para la administración pública institucional, pues lo que se pretende es conseguir que el recurso de lesividad y la acción contenciosa de lesividad, dejen de ser un tabú para la administración pública institucional, pues se contará con un procedimiento

claro y concreto que permitan aplicar las instituciones jurídicas antes referidas sin problema alguno, y de esta manera precautelar los intereses del Estado y los derechos subjetivos de los administrados, a fin de que exista una armonía jurídica al respecto.

La doctrina nacional y extranjera, así como la jurisprudencia existente en el país, facilitaron el desarrollo de la presente investigación, pues llenaron los vacíos que existen en nuestro ordenamiento jurídico vigente, debido a la limitada regulación que existe con respecto a la lesividad del acto administrativo.

La información académica en el cual se sustenta el presente trabajo investigativo, se ha obtenido luego de analizar exhaustivamente de una forma consciente y deliberada, a través de una lectura analítica y reflexiva, la doctrina existente con respecto al acto administrativo y a la institución de la lesividad, para lo cual se realizaron resúmenes y mapas conceptuales y mentales, para la adquisición de conceptos, hechos, principios, relaciones, y procedimientos del tema que ocupa el presente estudio, para lo cual de manera continua se recogieron los estudios más valiosos de los grandes juristas, para posteriormente relacionarla con nuestro ordenamiento jurídico vigente, a fin de encontrar la solución a la escases de norma existente en nuestro país con respecto a la figura de la lesividad, y poner a consideración de la administración pública institucional un material valioso y completo.

CAPÍTULO I

DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1.1 Conceptos doctrinarios

Para efectos del presente análisis, es necesario examinar con ampliación y detenimiento la conceptualización del acto administrativo, que ha sido expuesto por algunos doctrinarios del Derecho Administrativo, a fin de analizar con precisión que definición es la que más se relaciona o guarda armonía con nuestro ordenamiento jurídico vigente, pues muchos doctrinarios han definido al acto administrativo considerando la organización política - administrativa de los Estados en los que se encontraban al momento de realizar sus apuntes, generando así conceptos que no son aplicables en el Ecuador.

Entre las diversas definiciones de acto administrativo que nos han entregado los estudiosos del Derecho, está la de los doctrinarios españoles Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, quienes conceptualizan al mismo como *“cualquier declaración de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio realizada por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria”*¹; debiendo señalar que dicha definición es el resultado de una ampliación efectuada al concepto expuesto por el clásico administrativista italiano Guido Zanobini, en cuanto a la distinción de la potestad administrativa con la reglamentaria, pues los doctrinarios españoles consideran muy acertadamente que la expedición de un reglamento o una ley por parte de la administración pública no es un acto administrativo, ya que en esos casos estaríamos hablando de un acto reglamentario.

Otra de las definiciones atinadas, es la que entrega el tratadista Agustín Gordillo, quien considera que acto administrativo es *“es una declaración jurídica y unilateral, realizada en ejercicio de la Función Administrativa, que produce efectos jurídicos subjetivos en forma inmediata”*²; en la cual a diferencia del concepto anterior, se enuncia expresamente la imposición y potestad unilateral que tiene la administración pública, para dictar los actos administrativos.

Por su parte el político, escritor y poeta argentino, Rafael Bielsa Caldera se refiere al acto administrativo *“como la decisión general o especial, de una autoridad administrativa en ejercicio de sus propias funciones sobre derechos, deberes e intereses de las entidades*

¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas T.1. p. 303.

² Agustín Gordillo, Citado por Nicolás Granja Galindo, *“Fundamentos de Derecho Administrativo”*, Editorial Universitaria, Nueva Edición, Quito-1992, p. 305-307.

*administrativas o de los particulares respecto de ellos.*³; en esta definición se puede apreciar, que el doctrinario se refiere a que si bien el acto administrativo es dictado para el ejercicio de los derechos y obligaciones propias de la administración pública, también puede poseer un contenido particular, ya que podrían generar derechos subjetivos a los administrados, situación que es muy importante considerar para efectos del presente análisis, pues dicho particular es el que obliga a la administración pública a seguir un procedimiento ex ante y ex post, para dejar sin efecto este tipo de actos administrativos generadores de derechos a terceros.

Así mismo, el especialista en Derecho Administrativo y político argentino Roberto Dromi, en su libro *Derecho Administrativo*, define al acto en cuestión, como *“toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa”*⁴; concepto que ha sido recogido inconvenientemente por nuestro ordenamiento jurídico vigente, específicamente en el Art. 65 del *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*⁵, pues en la actualidad lo que recomiendan los doctrinarios del Derecho, es que los legisladores se abstengan de definir tal o cual cuestión en Derecho, pues con el paso del tiempo las definiciones que se enuncian en la legislación, siempre resultan incompletas y ambiguas, debido a los cambios políticos, sociales y económicos que sufre determinado país con el paso del tiempo.

El clásico tratadista ecuatoriano Pío Jaramillo Alvarado, quien no estuvo lejos de las definiciones expuestas por los doctrinarios ecuatorianos contemporáneos, manifestó que el acto administrativo es *“toda clase de declaración jurídica, unilateral y ejecutiva, en virtud de la cual la administración tiende a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas”*; sin embargo en la referida definición se podría entender que los actos administrativos solo podrían ser dictados por parte de la función ejecutiva, situación que en la actualidad es imposible concebir.

Una de las definiciones contemporáneas que ha sido compartida por algunos juristas ecuatorianos, es la utilizada por el Doctor Herman Jaramillo Ordóñez en su libro *Manual de Derecho Administrativo*, en el que conceptualiza al acto administrativo como *“una declaración de la voluntad administrativa destinada a producir consecuencias jurídicas públicas o privadas, generales o individuales, directas o indirectas, definitivas o*

³ Rafael Bielsa, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires Argentina, 6ta. Edición., Edit. La Ley, 1980, p. 56.

⁴ Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 5ta Edición, Buenos Aires 1996, p. 202.

⁵ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 65.

*provisionales, lícitas o ilícitas*⁶; realizando una clasificación de las consecuencias jurídicas que podrían generar los actos administrativos, particular que también es de vital importancia para nuestro estudio.

Así mismo, el jurista ecuatoriano, Doctor Patricio Secaira Durango, define al acto administrativo como “una declaración de voluntad, que crea efectos jurídicos directos e inmediatos en terceros. Inmediatos pues al tiempo de ser expedidos la creación, extinción o modificación del derecho subjetivo del administrado se hace evidente y puede ser ejecutada. Directos en razón de que el acto administrativo decide una situación jurídica concreta que atañe a personas jurídicas naturales determinadas”⁷, quien prácticamente se adhiere al concepto entregado por el tratadista Agustín Gordillo.

El concepto que se considera por muchos juristas ecuatorianos, es el más alineado con la realidad jurídica de nuestro país, es el propuesto por el tratadista ecuatoriano Efraín Pérez, quien en su libro *Derecho Administrativo*, luego de un análisis exhaustivo de la noción del acto administrativo en el Ecuador, concluye definiendo al mismo, como “*la declaración expresa o presunta de un órgano político competente, en ejercicio de la función administrativa, que crea, modifica, reconoce o extingue una situación jurídica individual*”⁸.

Como se puede observar, existen muchas definiciones doctrinarias en cuanto a lo que se debe entender por acto administrativo, mismas que han ido evolucionando según el avance de las ciencias jurídicas y dependiendo de la organización política -administrativa del momento, haciendo complicada la tarea de elegir que concepto es el más apropiado para el presente análisis; sin embargo a pesar que la definición que nos entrega Efraín Pérez es la más alineada con nuestra realidad jurídica, tal como se manifestó en el párrafo anterior, considero que el concepto más adecuado para el presente estudio es el propuesto por Roberto Dromi, ya que el mismo es el que ha sido recogido por nuestra legislación.

1.1.1 Análisis de su concepto

El concepto que refiere Dromi al acto administrativo, como se ha mencionado en líneas anteriores, es el que ha sido recogido por nuestra legislación, específicamente en el Art. 65

⁶ Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Particular de Loja. Loja, 1999. p. 190.

⁷ Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 2004, p. 179.

⁸ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, T.1. Quito – Ecuador, 2009, p. 425.

del *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*⁹, que textualmente manifiesta: “*Acto Administrativo.- Es toda declaración unilateral efectuada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa*”; por lo que el análisis que se realiza a continuación estará enfocado en el mismo.

Cuando hablamos de que el acto administrativo “*es toda declaración*”, comúnmente entenderíamos que es una forma de manifestar o expresar algún pensamiento interno de una persona que formaría parte de la administración pública; sin embargo la connotación de esta palabra con respecto al caso que nos ocupa, ha sido interpretado de diferente manera por parte de los estudiosos del derecho. Dromi en su libro “*El Acto Administrativo*”, manifiesta que esta declaración, es un proceso de exteriorización intelectual, no material, que toma para su expresión y comprensión datos simbólicos del lenguaje hablado o escrito y signos convencionales¹⁰.

Con este contexto la declaración de una persona común y la de una persona que forma parte de la administración pública, se diferenciarían por el hecho mismo de que todas las actuaciones de los servidores públicos deben estar enmarcadas o permitidas por la normativa vigente (*Principio de Legalidad*), ya que estas podrían generar, modificar o suprimir la situación jurídica de los administrados.

Jorge Zavala Egas, en su libro “*Derecho Administrativo*”, concuerda con lo manifestado anteriormente, pues manifiesta que se trata de una declaración, que no puede ser sino de la voluntad jurídica a la que se refiere el Art. 64 del ERJAFE, esto es, de derecho público¹¹.

Algunos doctrinarios manifiestan que esta enunciación declarativa, puede tener contenido de decisión, cognición y de opinión, dependiendo lo que desea expresar la administración a través de un funcionario o servidor público; sin embargo se contradicen con respecto a la formalización de dicha declaración, pues algunos manifiestan que esta debe necesariamente ser escrita, y otros que también podría ser oral.

Efraín Pérez, muy acertadamente, en su libro *Derecho Administrativo*, va más allá con respecto a la formalización del acto administrativo, pues manifiesta que el mismo podría ser

⁹ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 65.

¹⁰ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 16.

¹¹ Jorge Zabala Egas, *Derecho Administrativo*, Editorial EDINO, I TOMO, Ecuador 2005, p. 149.

expresado no solo por escrito y oralmente, sino también a través de un correo electrónico¹², medio que actualmente es muy útil para evitar la burocracia y el represamiento de los trámites o procesos en el sector público, pues de conformidad con la Ley de Comercio Electrónico Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, los correos electrónicos podrían ser formalizados a través de la firma electrónica, y tendrán la misma validez y efectos jurídicos que una firma manuscrita, en relación con los datos consignados en documentos escritos¹³.

Continuando con el análisis del concepto de Acto Administrativo que ha sido recogido por nuestra legislación, es necesario manifestar que la *unilateralidad* del mismo se refiere a que su declaración depende exclusivamente de la voluntad de un solo sujeto de derecho o sea de la Administración¹⁴, entendiéndose que el acto administrativo no depende ni requiere de la manifestación de la voluntad de otra persona particular, para que este surta efectos jurídicos. Cabe indicar que en lo referente a los contratos en los que interviene el Estado y los particulares, no se aplica el concepto que nos ocupa, pues un contrato tanto por su régimen jurídico, como por su formación, no es considerado un acto administrativo.

El hecho mismo de que el acto administrativo es declarado unilateralmente por el Estado, obliga al funcionario o servidor público que lo materializa, a cumplir con ciertas formalidades y procedimientos que establece el ordenamiento jurídico vigente, pues dichos actos podrían ser observados por la propia administración pública o impugnados por los particulares que tengan interés en el mismo.

En lo que se refiere a que el acto administrativo es *efectuado en el ejercicio de la función administrativa*, se debe entender que dicho acto, al ser emanado de cualquiera de los órganos o entidades del Estado, enumerados en el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador¹⁵, lo hace diferente ante los demás actos, pues proviene del ejercicio de una potestad estatal. Cabe indicar que dichos actos también pueden ser emanados por entes públicos no estatales, que actúan en ejercicio de la función administrativa, siempre y cuando el Estado les haya otorgado tal potestad, como por ejemplo las cámaras de producción, los concesionarios¹⁶.

¹² Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, T.1. Quito – Ecuador, 2009, p. 430.

¹³ Ley de Comercio Electrónico Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos, Art. 14, Ley 2002-67 (Registro Oficial 557-S, 17-IV-2002).

¹⁴ Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quinta Edición- Quito – Ecuador, 1984, p. 298.

¹⁵ Constitución de la República del Ecuador, Art. 225, sección primera, capítulo sexto, Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

¹⁶ Jorge Zabala Egas, *Derecho Administrativo*, Editorial EDINO, I TOMO, Ecuador 2005, p. 151.

En lo que tiene que ver con la *producción de efectos jurídicos*, Efraín Pérez indica que el efecto jurídico principal del acto administrativo, es la modificación del orden jurídico, pues con la expedición del mismo se crea derechos o deberes de otros sujetos de derecho¹⁷, ya sea modificando o extinguiendo una situación jurídica de un particular sometido a la administración pública. Por ejemplo en las expropiaciones de los bienes inmuebles que realizan las instituciones del Estado, para la consecución de sus fines, el efecto jurídico es la extinción de la situación jurídica con respecto a la propiedad que ejercen los particulares sobre dichos bienes, pero con el derecho de recibir el justo precio como resultado de la expropiación.

La individualidad de la que habla Dromi en su concepto de acto administrativo, es fundamental para el objeto de nuestro análisis, pues los efectos jurídicos que produce el acto en cuestión debe necesariamente ser concreto y de naturaleza individual, pues si hablamos de un acto que produce efectos jurídicos generales, estaríamos refiriéndonos por ejemplo a un Reglamento. La generación de un acto administrativo con efectos jurídicos individuales o subjetivos, contrario a nuestro ordenamiento jurídico vigente, es lo que permitiría a una entidad estatal, declararlo como lesivo, particular que será analizado con más detalle, en párrafos posteriores.

Los efectos jurídicos del acto administrativo se producen en *forma directa*, pues no dependen de ningún acto posterior para su validez y eficacia jurídica, ya que puede ser ejecutado por la autoridad administrativa competente, de manera directa e inmediata. Al respecto, Dromi muy acertadamente, manifiesta que: *“Los efectos jurídicos del acto administrativo son directos, Surgen de él mismo. No están subordinados a la emanación de un acto posterior”*¹⁸.

1.2 Elementos esenciales

Para que un acto administrativo tenga plena validez y eficacia, es necesaria la concurrencia de algunos elementos esenciales, siendo estos la competencia, objeto, voluntad y forma.

1.2.1 Competencia

¹⁷ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, T.1. Quito – Ecuador, 2009, p. 433.

¹⁸ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ra Edición, Buenos Aires 1997, p. 23

La competencia es el conjunto de potestades, atribuciones y facultades de un determinado organismo o ente administrativo que debe ser ejercida de manera obligatoria por una determinada autoridad, pues la misma es irrenunciable. La competencia de las autoridades administrativas se encuentra establecida en forma expresa, en la Constitución de la República del Ecuador, tratados internacionales, las Leyes y reglamentos. Por ejemplo, las competencias de la Superintendencia de Telecomunicaciones, organismo técnico de control de las telecomunicaciones en el Ecuador, están establecidas en la Ley Especial de Telecomunicaciones Reformada.

El ERJAFE, en su Art. 84 define a la competencia administrativa, como *“la medida de la potestad que corresponde a cada órgano administrativo. La competencia es irrenunciable y se ejercerá por los órganos que la tengan atribuida como propia, salvo los casos de delegación o avocación, cuando se ejerzan en la forma prevista en este estatuto”*.¹⁹

En este punto vale recordar al principio de la juridicidad, al cual están sometidos todos los funcionarios y servidores públicos, pues en derecho público no se pueden ejercer otras atribuciones o competencias que las consignadas en nuestro ordenamiento jurídico, motivo por el cual en el Derecho Administrativo se puede afirmar, que la incompetencia es la regla y la competencia la excepción.

De lo expresado, se puede observar que la competencia administrativa, necesariamente debe reunir algunos principios para que sea considerada como legítima y pueda a través de un acto administrativo crear, modificar, reconocer o extinguir una situación jurídica individual. Algunos doctrinarios, coinciden que la competencia administrativa se sustenta en los siguientes principios:

- a) **Expresa.**- Se refiere a que la competencia debe necesariamente emanar de la normativa jurídica vigente, tal como se indicó anteriormente.
- b) **Improrrogable e indelegable.**- Quiere decir que la competencia debe ser ejercida por las entidades y organismos estatales, tal y como lo dispone el ordenamiento jurídico vigente, sin la posibilidad de que pueda ser modificada por ningún funcionario o servidor que se encuentre en ejercicio de esta competencia, pues la misma surge de una norma preestablecida y no por la voluntad de la administración o de los administrados.
- c) **Irrenunciable.**- Es decir que no está en la potestad o voluntad de la autoridad en ejercer o no la competencia pues esta es obligatoria.

¹⁹ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 84.

- d) Corresponde al órgano y no al titular del mismo.- Pues la competencia administrativa es orgánica institucional y no de determinado funcionario²⁰.

Ahora bien una vez analizados los principios de la competencia, es pertinente establecer su clasificación, misma que se encuentra determinada en el Art. 85 del ERJAFE, que indica que la competencia administrativa se mide en razón de la materia, el territorio y el tiempo; cabe indicar que algunos autores, como por ejemplo Dromi, manifiestan que la competencia a más de la clasificación antes referida, también puede ser medida en razón del grado, por lo que estudiaremos todos estos tipos de competencia.

1. Por la materia.- La competencia de tal o cual órgano administrativo, puede diferenciarse por la especialidad, es decir por la actividad o fin que persigue, ya sea esta deliberativa, ejecutiva, consultiva o de control.
2. Por el territorio.- Es el ámbito espacial o la circunscripción administrativa geográfica en la cual los órganos administrativos pueden ejercer sus funciones²¹.
3. Por el tiempo.- Se refiere al ámbito temporal en el cual es legítimo el ejercicio de una función administrativa, pudiendo ser esta permanente o temporal²².
4. Por el grado.- Esta clase de competencia no ha sido recogida por nuestra legislación, sin embargo es muy importante, pues establece las atribuciones y los límites que posee un órgano jerárquicamente superior con relación al inferior, dentro de la administración pública. Cuando se determina plenamente las competencias que rigen internamente una organización, se evitan confusiones sobre las obligaciones que deben ejercer los funcionarios y servidores públicos que representan una entidad pública, logrando la consecución de los objetivos de una manera coordinada y organizada.

Continuando con el estudio de la competencia administrativa, es necesario referirnos a la *transferencia de competencias*, mismas que han sido recogidas y definidas por nuestra legislación, en los Arts. 55 al 63 del ERJAFE²³, concordando con la clasificación que han expuesto los doctrinarios en sus estudios. Con este antecedente se manifiesta que la competencia administrativa, se transfiere mediante:

²⁰ Jorge Zabala Egas, *Derecho Administrativo*, Editorial EDINO, I TOMO, Ecuador 2005, p. 155.

²¹ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005, p. 145-146.

²² Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 39.

²³ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Arts. 55 al 63.

- i. Delegación.- Tiene lugar cuando un órgano jerárquicamente superior transmite o atribuye sus atribuciones y facultades a un órgano jerárquicamente inferior.
- ii. Avocación.- Ocurre cuando el órgano jerárquicamente superior asume las atribuciones y competencias del órgano jerárquicamente inferior de un determinado asunto, siempre y cuando la norma vigente que regule las competencias administrativas, lo permita, como por ejemplo en el caso del Ecuador, el Art. 60 del ERJAFE.
- iii. Sustitución.- Se da en la administración pública, cuando el órgano jerárquicamente superior, transfiere las competencias y atribuciones de un órgano jerárquicamente inferior a otro de este mismo rango, por considerar necesario para el correcto desenvolvimiento de las actividades de un determinado órgano, o para la correcta prestación de un servicio. Cabe indicar que este tipo de transferencia de competencia, se da siempre y cuando la regulación existente, permita la delegación y avocación.
- iv. Suplencia.- Se presenta cuando el titular de un órgano administrativo, sea este jerárquicamente superior o inferior, por ausentarse temporal o definitivamente en el ejercicio de sus funciones, es cubierto por otro servidor o funcionario público que necesariamente debe ser designado por la autoridad nominadora.

Al respecto se debe señalar, que estudiosos del derecho ecuatoriano, como Marco Morales Tobar, incluyen dentro de las transferencias de competencias administrativas, a la abrogación y subrogación²⁴, indicando que la primera se produce cuando un órgano se atribuye competencias y atribuciones que no le corresponden. El problema surge cuando el órgano jerárquicamente inferior se atribuye competencias o facultades que le correspondían al superior, sin la correspondiente autorización. En la administración pública suelen presentarse casos, en el que el órgano jerárquicamente superior ratifica las abrogaciones de competencias que el inferior ha realizado siempre y cuando estas sean apegadas a derecho. Con respecto a la subrogación, Marco Morales manifiesta que la misma tiene lugar, cuando el titular de un órgano se ausenta temporal o definitivamente en el ejercicio de funciones y sus competencias son transferidas a otro funcionario, siempre y cuando la norma lo determine así.

De lo anotado, se puede apreciar que las actuaciones del titular de un órgano administrativo, siempre deben estar investidas de competencia y enmarcada en los principios y condiciones que perfecciona la misma, ya que en el supuesto hecho de que una autoridad, ejerza las

²⁴ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005, p. 147.

actividades de un determinado cargo, sin cumplir con los presupuestos antes referidos, su actuación será ilegítima, pues el funcionario o servidor es incompetente.

1.2.2 Objeto

Continuando con el estudio de los elementos esenciales que debe contener un acto administrativo para su validez, tenemos al *objeto*, es decir la finalidad por la cual fue dictado el acto administrativo. Según Marco Morales el fin del acto administrativo es la razón de ser del acto administrativo, mismo que en consecuencia, se convierte en el efecto del objeto del acto administrativo²⁵.

Según Efraín Pérez, el acto administrativo es la concreción de la resolución administrativa, sin embargo dicha definición, considerando que el acto administrativo no solamente se expresa o emite a través de una Resolución²⁶, es ambigua. Por su parte Dromi manifiesta que el objeto del acto administrativo es la materia o contenido sobre lo que se decide, certifica, valora u opina, manifestando además que el objeto debe ser cierto, claro, preciso y posible física y jurídicamente. Bartolomé Fiorini, manifiesta que el acto administrativo deberá ajustarse a las limitaciones que el orden jurídico establece para cualquier relación jurídica, por lo que su objeto debe ser lícito, preciso y determinado. Así mismo manifiesta que el objeto del acto es una consecuencia lógica del debido proceso, devuelto en función de aplicar los motivos de hechos y de derechos que contiene la norma aplicable²⁷.

1.2.3 Voluntad

Con respecto a la voluntad, es preciso señalar que algunos doctrinarios en la clasificación que realizan sobre los elementos esenciales del acto administrativo, no consideran a la voluntad como uno de los elementos del mismo, pues como se manifestó en líneas anteriores el hecho mismo de que la competencia para dictar un acto administrativo, nace de la Constitución o la Ley, y que sus potestades, atribuciones y facultades, deben necesariamente estar establecidas en ellas, no se puede hablar que en el acto administrativo exista voluntad, siendo esta, según manifiesta Efraín Pérez, una transposición inadecuada de este elemento del acto jurídico del Derecho Privado, caracterizado de la

²⁵ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005, p. 148.

²⁶ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, T.1. Quito – Ecuador, 2009, p. 435.

²⁷ Bartolomé Fiorini, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Sociedad Anónima Editorial e Impresora, V.2. Buenos Aires – Argentina, 1968, p. 334.

premisa de la autonomía de la voluntad, lo cual no se puede producir en el Derecho Público²⁸.

Sin embargo, para efectos del presente estudio, es necesario citar algunas tesis que si consideran a la voluntad, como un elemento esencial del acto administrativo. En su caso Dromi, manifiesta que en la voluntad administrativa concurren elementos subjetivos y objetivos, pues el elemento en cuestión está compuesto por una voluntad subjetiva del funcionario y voluntad objetiva del legislador, de los cuales pueden aparecer los conocidos vicios de la voluntad.

Otros doctrinarios consideran que la voluntad es un presupuesto y no un elemento del acto administrativo; así Cassagne, manifiesta que la voluntad es una condición esencial para la validez del acto administrativo, pues juega un papel distinto que los otros elementos, ya que estos son precisamente los que condicionan y estructuran la voluntad.²⁹

1.2.4 Forma

Todos los doctrinarios coinciden que la Forma del acto administrativo, es el modo o modalidad como se manifiesta, expresa o instrumenta el acto administrativo, es decir la forma a través de la cual la administración pública exterioriza o hace conocer su voluntad administrativa.³⁰ Es preciso señalar que en nuestro país, el procedimiento en sede administrativa, está contemplado básicamente en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), procedimiento que si bien rige únicamente para las instituciones y entidades dependientes de la función ejecutiva, ha sido acogido como norma supletoria por parte de organismos que no pertenecen a dicha función, debido a la falta de un Código Procesal Administrativo.

Específicamente, el Art. 123 del ERJAFE³¹, establece sobre la forma lo siguiente:

- 1. Los actos se producirán por escrito.*
- 2. 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*

²⁸ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, T.1. Quito – Ecuador, 2009, pág. 436.

²⁹ Cassagne, citado por Roberto Dromi, en su libro *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 51.

³⁰ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 65

³¹ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 123.

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.

3. Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

Es preciso señalar, que el incumplimiento de alguna de las formas de instrumentación, pueden afectar la validez del acto administrativo, por lo que este elemento debe ser observado irrestrictamente por parte de los órganos administrativos.

1.3 Formalidades de los actos administrativos

Las formalidades de los actos administrativos, hacen que el mismo sea exigible por parte de la administración pública, como es el caso de la publicación, notificación, inscripción, etc., mismas que si no son observadas invalidan al acto administrativo y no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido. Es claro que las formalidades pueden presentarse antes, durante o después de la instrumentación formal del acto, por lo que las mismas tienen igual importancia que los elementos esenciales de los actos administrativos, pues sin la concurrencia de las formalidades que se establezcan en el ordenamiento jurídico vigente, dichos actos no tendrán valor alguno.

Es preciso indicar que en nuestra legislación, no existe una regulación especial, orgánica o sistemática que determine de modo expreso la tramitación de los actos administrativos, excepto en los casos en que dichas formas estén expresamente previstas en las leyes. Algunos doctrinarios, como Jaime Vidal, manifiestan que las formalidades del acto administrativo son una garantía del administrado,³² pues no deben ser concebidas como simples cuestiones de forma, sino como formalidades que deben ser cumplidas irrestricta y obligatoriamente por parte de la administración pública, para que los actos que dicten puedan ser exigibles

³² Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, 11ava edición, p. 152.

La instrumentación de los actos administrativos, según Fiorini, se presenta en diversas formas: *escrita, verbal, implícita y tácita*³³, siendo la primera la más común en la administración pública de nuestro país, que necesariamente debe contener el lugar donde se emite, el número, la fecha, la relación clara y objetiva, y la firma de la autoridad del órgano administrativo que lo genera; en cambio la verbal se presenta de manera excepcional en la administración pública por cuestiones de emergencia o debido a la rusticidad del lugar en el que se emite.

Con respecto a la forma implícita o tácita de instrumentar un acto administrativo, Fiorini manifiesta, que si bien estos actos no se presentan, se presumen vigentes y existentes, pues provienen de aquellos actos que no se han manifestado pero cuya realización material o su lógico consecuente demuestran que existen³⁴, como por ejemplo cuando un policía detiene a un delincuente *“in fraganti”*, no realiza un hecho sino ejecuta el generoso acto administrativo que ordena su detención.

1.4 Caracteres

El acto administrativo posee los siguientes caracteres esenciales, cuya clasificación ha sido coincidente por la mayoría de doctrinarios del derecho administrativo:

1.4.1 Presunción de legitimidad

En nuestra legislación, específicamente en el Art. 68 del *Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva* (ERJAFE)³⁵, se establece que los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten; definición que protege al acto administrativo con una armadura inviolable, que puede ser vulnerada únicamente a través de la declaración de una autoridad competente, pues se presume que el acto administrativo ha sido emitido o expedido, cumpliendo con todos los procesos, elementos y formalidades para su generación y exteriorización por parte de la administración pública, cumpliendo con lo dispuesto en el ordenamiento jurídico vigente, por lo que deben ser cumplidos inmediatamente después de emitidos.

³³ Bartolomé Fiorini, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Sociedad Anónima Editorial e Impresora, V.2. Buenos Aires – Argentina, 1968, p. 338.

³⁴ Bartolomé Fiorini, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Sociedad Anónima Editorial e Impresora, V.2. Buenos Aires – Argentina, 1968, p. 338.

³⁵ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 68.

Es claro que el acto administrativo, se presume legítimo mientras no se pruebe lo contrario a través de un procedimiento previo y con la intervención de una autoridad competente. Dromi manifiesta que la presunción de legitimidad es la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico³⁶, y que es resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal, razón por la cual se crea la presunción de que son legales.

El Estado, como toda institución, basa su fortaleza en la confianza que despliega hacia los demás, es decir a los ciudadanos, administrados y gobernados que de modo general tienen o deben tener fe en que sus gobernantes y administradores cumplen de manera ética con los principios de legalidad, juridicidad y constitucionalidad.³⁷

Jorge Zavala Egas, muy acertadamente, manifiesta que la presunción de legalidad del acto administrativo es *iuris tantum*, es decir que perdura hasta que sea extinguida por la efectiva anulación administrativo judicial del acto y por ello son eficaces de forma inmediata y de no ser cumplidos se convierten en actos administrativos ejecutivos, es decir de ejecución forzosa³⁸, tal como se analizará en el siguiente punto.

1.4.2 Ejecutividad

La ejecutividad, es otra característica esencial del acto administrativo, que debe ser obedecida por los administrados inmediatamente después de ser notificados, pues se presume que la administración pública actúa para que sus disposiciones sean cumplidas de forma obligatoria por sus administrados.³⁹

Por su parte, Dromi, define a la ejecutividad, como el derecho a la exigibilidad y el deber de cumplimiento que el acto importa a partir de su notificación. Además manifiesta que al acto administrativo, le es propia la obligatoriedad, entendida como el deber de ser respetado por todos como válido, mientras subsista su vigencia.⁴⁰

Nuestro ordenamiento jurídico, ha reunido todos estos conceptos en el Art. 124 del ERJAFE, manifestado lo siguiente: *Los actos de la Administración Pública serán*

³⁶ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 76.

³⁷ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005, p. 171.

³⁸ Jorge Zabala Egas, *Derecho Administrativo*, Editorial EDINO, I TOMO, Ecuador 2005, p. 188.

³⁹ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005, p. 171.

⁴⁰ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 89.

ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta norma y en la legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo. En fin, la ejecutividad puede ser concebida como una regla general de los actos administrativos, que obliga a que dichos actos sean cumplida inexorablemente por los administrados una vez que los conozcan, siendo facultad de la administración pública su exigibilidad y cumplimiento inmediato.

1.4.3 Ejecutoriedad

Esta característica del acto administrativo, es considerada un elemento imprescindible del poder y está presente en todos los momentos en que se manifiesta, ya sea de manera implícita o de manera expresa pero siempre está presente.⁴¹ La ejecutoriedad del acto administrativo, pretende que las decisiones que tome la administración pública en nombre del Estado deban ser cumplidos inexorablemente, sin la necesidad de que sean reconocidos o aprobados por una instancia judicial, pues como se manifestó anteriormente, el acto administrativo se presume que es válido y que goza de todos los requisitos y formalidades para su expedición.

El ordenamiento jurídico de nuestro país, busca que las relaciones administrado – Estado, se desenvuelva en un régimen democrático a fin de encontrar un justo equilibrio y una integración de los dos, reconociendo a la autoridad administrativa la posibilidad de ejecutar los actos administrativos que dicte sin la necesidad de recurrir a un órgano judicial, como por ejemplo el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En nuestro país, por regla general el acto administrativo debe ser ejecutado inmediatamente después de que ha sido emitido o generado por la administración pública, tal es así que el Art. 161 del ERJAFE, define a la ejecutoriedad de la siguiente manera: *“Ejecutoriedad.- Los actos de las Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior”.*

Así mismo, en el caso de que el acto administrativo no ha sido cumplido por el administrado, la autoridad administrativa puede utilizar la figura de la ejecución forzosa, para hacerla cumplir, tal como lo señala el Art. 162 Ibídem, que a continuación redacta: *“Art. 162.- Ejecución forzosa.- La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de*

⁴¹ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 91.

acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución”.

Como se puede observar, la norma antes citada deja abierta la posibilidad o la salvedad de que la Constitución o la Ley, prevea la necesidad de que para el cumplimiento de un acto administrativo, necesariamente deba contarse con la intervención o aprobación de un superior o de un órgano judicial; al respecto se debe señalar que en nuestro ordenamiento jurídico vigente, el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, resuelve esta salvedad pues manifiesta lo siguiente: *“Art. 76.- Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo”*.⁴²

Cabe indicar que el Artículo 75 *Ibíd*em, habla sobre la suspensión del proceso coactivo; lo que deja claro que todos los actos administrativos una vez que se encuentran en firme en sede administrativa deben ser ejecutados inmediatamente por la administración pública y cumplidos irrestrictamente por los administrados.

1.4.4 Suspensión de la ejecución

Como se ha observado a lo largo del presente estudio, el acto administrativo en nuestro país, goza del principio de legitimidad, ejecutividad y ejecutoriedad, pues el Estado ha otorgado a la administración pública una especie de prerrogativa para obtener el cumplimiento inmediato de tal o cual acto administrativo, pues se presume que el mismo es válido hasta que no se demuestre lo contrario.

En el caso de que se aceptare en nuestra legislación, la suspensión de la ejecución del acto administrativo, por la presentación de algún recurso o impugnación en sede jurisdiccional que cuestione la validez del acto administrativo, sin bien se está otorgando al administrado más posibilidades o medios de defensa a fin de que una autoridad judicial apruebe o no el acto administrativo, se corre el riesgo de que la actividad administrativa legítima sea paralizada, sin la posibilidad de continuar ejecutando correctamente sus facultades y prerrogativas encomendada en la Constitución y la Ley.

Claro está, que existe la posibilidad de que el acto administrativo sea revocado o anulado por un órgano judicial, ante lo cual la administración pública deberá indemnizar los daños y perjuicios que ha ocasionado la ejecución del acto que haya sido declarado nulo.

⁴² Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Capítulo VIII, Disposiciones Generales, Art. 76.

1.4.5 Estabilidad

Dromi manifiesta que la estabilidad del acto administrativo es la irrevocabilidad del acto administrativo por la propia administración⁴³, es decir la prohibición de revocación de los actos administrativos que crean reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados, salvo que el acto que la revocatoria beneficie al administrado. Esta situación le otorga al acto administrativo una especie de estabilidad pues la revocación es una medida excepcional.

En este punto comienza a tener relación todo lo anteriormente manifestado, con el objeto del presente estudio, pues como se puede observar cuando en la decisión administrativa intervienen derechos subjetivos, la administración pública está prohibida de revocar un acto administrativo en desmedro del administrado, debiendo la autoridad administrativa, necesariamente cumplir con un procedimiento previo para declarar la nulidad de un acto administrativo, esto es la declaratoria previa de lesividad de dicho acto y el planteamiento de la correspondiente impugnación en sede jurisdiccional, particular que será analizado más adelante.

1.4.6 Impugnabilidad

Nuestra legislación, prevé la posibilidad de impugnar todo acto administrativo, ya sea en sede administrativa o judicial, otorgando al administrado la posibilidad de que el acto que pretende sea declarado nulo, sea revisado por un órgano administrativo jerárquicamente superior, que lo revoque, modifique, ratifique o anule, o ya sea por un órgano jurisdiccional que declare su nulidad. Cabe indicar que el administrado tiene la posibilidad de impugnar el acto administrativo directamente ante el órgano judicial, sin la necesidad de que sea revisado en sede administrativa.

Al respecto el Art. 69 del ERJAFE⁴⁴, considera a la impugnación de la siguiente forma:

“IMPUGNACION.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La

⁴³ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 113.

⁴⁴ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 69.

impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa”.

Queda claro entonces que el acto administrativo es impugnabile ante la propia administración, a través de los recursos que establece el ERJAFE, o a través de los recursos o reclamos que la propia administración ha previsto para el efecto, pues los órganos administrativos que no se encuentran sometidos al ERJAFE, están en la posibilidad de dictar los reglamentos e instructivos necesarios que otorguen al administrado la posibilidad de solicitar que los actos administrativos sean impugnados y por lo tanto revocados, como por ejemplo el recurso de apelación, reconsideración, revisión , etc.

1.5 Efectos

Existen diversos criterios doctrinarios de lo que se considera como efectos jurídicos del acto administrativo; Gordillo llama “*caracteres*”, a los efectos jurídicos del acto administrativo, y los enumera como sigue: “... *Hay mucha dispersión en doctrina acerca de cuáles serían los caracteres del acto administrativo, generalmente enunciados como presunción de legitimidad (o ejecutividad) y ejecutoriedad (o ejecución de oficio por la administración): ambos a su vez muy cuestionados. En cualquier caso, corresponde considerar dos caracteres más, fundamentales para el estado de derecho: estabilidad e impugnabilidad*”.⁴⁵

Como se puede observar, Gordillo llama a los efectos del acto administrativo como caracteres, siendo estos la estabilidad e impugnabilidad, instituciones jurídicas que ya fueron analizados en líneas anteriores.

Por otra parte, Dromi, manifiesta que los efectos jurídicos del acto administrativo, pueden ser regulares e irregulares, considerando a los regulares los actos administrativos válidos, los anulables o los nulos relativos; y a los irregulares los actos administrativos inexistentes

⁴⁵ Gordillo, citado por Efraín Pérez, en su libro *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, T.1. Quito – Ecuador, 2009, pág. 446.

y los nulos o de nulidad absoluta, es decir los que carecen de algún requisito externo para su validez y que poseen errores graves que superan lo meramente opinable⁴⁶.

Al respecto, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su Art. 125, establece cuales son los efectos del acto administrativo, y manifiesta:

“1. Los actos administrativos o de simple administración de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

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

3. Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, asimismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”.

Como se observa son muchas las doctrinas de lo que se debe considerar como efectos jurídicos del acto administrativo, sin embargo para nuestro estudio, se considerarán los establecidos en nuestra legislación vigente, es decir los expuestos por el ERJAFE en su artículo 125.

1.6 Nulidades

Los actos administrativos son nulos cuando les falta alguno de los requisitos que hemos expuesto como necesarios para su existencia y validez. Son nulos cuando carecen de valor, es decir cuando hay falta de voluntad; falta de competencia, falta de objeto y causa lícitos o fin lícitos, y falta de formalidades⁴⁷.

Coincidiendo con la referida doctrina, Dromi manifiesta que el acto administrativo debe satisfacer a todos los requisitos relativos del objeto, competencia, voluntad y forma, y producirse con arreglo a las normas que regulan el procedimiento administrativo. La exclusión o inexistencia de los elementos esenciales o el incumplimiento total o parcial de

⁴⁶ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 123.

⁴⁷ Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Particular de Loja. Loja, 1999. Pág. 53.

los mismos, expresa o implícitamente exigidos por el orden jurídico, constituyen la fórmula legislativa común, para definir los vicios del acto administrativo⁴⁸.

Como se puede observar, la doctrina establece categóricamente y con propiedad, que los actos administrativos que han sido creados y emitidos inobservando los elementos esenciales analizados en líneas anteriores, son nulos, pues contendrían vicios que afectan la validez o eficacia del mismo. La nulidad del acto administrativo es la consecuencia jurídica del acto viciado, que ha sido dictado por la autoridad en uso de sus facultades que le ha otorgado la Constitución o la Ley.

Como se manifestó anteriormente, en nuestro ordenamiento jurídico, es necesaria la impugnación del acto administrativo por parte del administrado que considera que ha sido afectado sus derechos, a fin de que el mismo sea revocado; sin embargo la propia administración, está en la facultad de declarar de oficio a un acto administrativo como nulo, a través de otro acto que lo deje sin efectos jurídicos, siempre y cuando el mismo no haya creado derechos a terceros, pues en este último caso, es inexorable que la administración pública declare a través de una resolución administrativa la lesividad del acto administrativo y posteriormente demandar la nulidad del mismo en sede jurisdiccional, para que sea declarado nulo, en nuestro caso ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Al respecto, el tratadista Patricio Secaira, manifiesta que el acto administrativo nulo, es aquel que nace sin ningún efecto jurídico; pues su defecto de contradicción jurídico es tan evidente o manifiesto que de su simple apreciación y análisis surge su ineficiencia, su invalidez jurídica. La propia administración pública tiene competencia para reconocer su nulidad, mediante la expedición de otro acto que lo deje sin efecto, siempre que no haya declarado derechos subjetivos y no se haya publicitado; pues caso contrario, esto es, cuando hace tal declaración y la notificación de a producido, goza provisoriamente de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y sólo puede quedar sin efecto por decisión jurisdiccional que siempre tendrá efectos retroactivos⁴⁹. Cabe indicar que al respecto, nuestro ordenamiento jurídico vigente, en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su artículo 129⁵⁰, establece cuando los actos que emite la Administración Pública son nulos de pleno derecho.

⁴⁸ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ra Edición, Buenos Aires 1997, p. 125.

⁴⁹ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005, p. 227.

⁵⁰ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 129.

1.7 La Revocatoria de los actos administrativos

El tratadista Marco Morales Tobar, manifiesta que la revocación es un acto administrativo emanado de la propia administración, encaminado a dejar sin efecto un acto administrativo por causa de oportunidad, de conveniencia del interés público o de legitimidad⁵¹. Sin embargo es preciso recordar, tal como se manifestó en líneas anteriores los actos administrativos que han generado, creado, o declarado derechos subjetivos, no pueden ser revocados por la propia administración sino necesariamente, deben ser declarados previamente como lesivos por la propia administración, para posteriormente solicitar su nulidad en sede judicial.

Por su parte Dromi, coincidiendo con lo manifestado anteriormente, manifiesta que el acto administrativo puede ser revocado por razones de ilegitimidad o de oportunidad. La revocación del acto administrativo por razones de oportunidad tendiendo a satisfacer exigencias de interés público, procede siempre respecto de cualquier tipo de acto administrativo, sea este reglado o discrecional. La estabilidad del acto administrativo es un carácter esencial de él, que significa la prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado. Pero hay actos administrativos que no gozan de estabilidad, por lo cual son susceptibles de revocación por la administración. En principio la revocación de los actos inestables no es indemnizable⁵².

Como se aprecia, en principio todos los actos administrativos son revocables por parte de la propia administración pública que dicto el referido acto, siempre que los mismos no hayan generado derechos a terceros, pues para el efecto, como se ha manifestado anteriormente es necesario que la nulidad del acto sea declarada por autoridad competente, previa la declaratoria de lesividad del mismo.

En el presente estudio, es necesario distinguir lo que se debe entender por revocación y nulidad, pues la primera es aplicada únicamente por la administración pública, y se puede presentar por razones de oportunidad o ilegitimidad, tal como lo manifiesta la doctrina.

⁵¹ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005, p. 239.

⁵² Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, 5ta Edición, Buenos Aires 1996, p. 389.

Mientras que la nulidad solamente puede ser declarada por un órgano jurisdiccional, en nuestro caso por uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

1.7.1 Razones para la revocatoria

Como se anotó anteriormente, el acto administrativo puede ser revocado por razones de oportunidad o de legitimidad, debiendo necesariamente la administración pública dictar un nuevo acto administrativo que declare dicha revocatoria. Cabe indicar que la revocatoria del acto administrativo por razones de oportunidad es siempre facultativa para la administración pública, pues esta última será la que determine si es procedente declarar la revocatoria del acto por conveniencia del interés público. En cambio si la administración pública, detecta que un acto administrativo ha sido expedido en contra del ordenamiento jurídico vigente, de manera obligatoria deberá revocarlo a través de otro acto de la misma naturaleza del que lo creó.

1.7.2 La Potestad revocatoria de la administración pública

El doctrinario Pablo Tinajero Delgado, en su libro “La Acción de Lesividad”, muy acertadamente, manifiesta que el poder de revocar un acto administrativo constituye el ejercicio de una potestad administrativa del Estado. Además señala que la potestad revocatoria no es una potestad autónoma que se dirige a realizar modificaciones jurídicas en el mundo exterior eliminando un acto contrario al interés público. Por consiguiente, ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias, se puede atribuir otras competencias que las señaladas en la Ley⁵³.

Como se ha manifestado, la administración pública en nuestro país, tiene la potestad de revocar un acto administrativo, ya sea por razones de oportunidad o de legitimidad, debiendo previamente analizar que dicho acto no haya generado derechos subjetivos a terceros. Se debe señalar así mismo, que al respecto existe una excepción, pues hay casos en los que si bien el acto administrativo ha creado derechos subjetivos, la revocatoria tiene lugar siempre y cuando exista el consentimiento expreso del beneficiario del acto. En nuestro ordenamiento jurídico, la potestad de revocar un acto administrativo está amparada

⁵³ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998, p. 25-26.

en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), específicamente en su Art. 170, que manifiesta⁵⁴:

“Art. 170.- Revocación de actos y rectificación de errores.

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.

2. La Administración Pública Central podrá, así mismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos”.

1.7.3 Los Actos Administrativos revocables y no revocables

Como se expuso en párrafos anteriores, todo acto administrativo es revocable a excepción de los que han declarado o generado un derecho subjetivo a un tercero y no se cuente con el consentimiento del administrado afectado para su revocación. Resumiendo lo dicho por Pablo Tinajero Delgado en su libro *“La Acción de Lesividad”*, los actos administrativos que pueden ser *revocados*⁵⁵, son los siguientes:

- **Actos administrativos discrecionales**

Son los actos administrativos que pueden ser revocables si las variaciones en la apreciación del interés público hacen necesario su retiro. Sin embargo el referido doctrinario hace una excepción que coincide con lo manifestado en líneas anteriores, pues indica que la revocatoria de estos actos tiene sus límites, ya que pueden existir actos discrecionales cuyos efectos han creado derechos subjetivos a favor de un particular, en los cuales la administración pierde la disponibilidad de los efectos de ese acto, por lo que no podrá ser revocado a entera libertad.

- **Actos administrativos de efectos generales**

Pablo Tinajero Delgado indica que los actos administrativos de efectos generales son revocables, para lo cual realiza una división de acuerdo a la naturaleza misma de ellos.

⁵⁴ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 170.

⁵⁵ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998, p. 32-34.

Entre estos tenemos a los actos de la administración consultiva, como por ejemplo cuando la administración pública certifica algún particular que produce efectos instantáneos, sin que sea posible su revocación, pero si su invalidación; así mismo tenemos a los actos de la administración de control, mismos que por regla general son declaraciones de conocimiento, juicio o razonamiento, como por ejemplo autorizaciones, aprobaciones, inscripciones, etc., actos que no serían revocables si han creado derechos a terceros. Y finalmente incluye dentro de esta clasificación a los actos de la administración activa, que como se ha manifestado por regla general son revocables a excepción de aquellos que han producido derechos adquiridos a favor del administrado.

- **Actos administrativos fictos**

Son aquellos que se producen por la omisión en el actuar por parte de la administración, dentro de un período señalado por la ley, a fin de brindar seguridad jurídica a los particulares respecto a una petición concreta, entendiéndose que ha ocurrido el silencio administrativo positivo. Cabe indicar que si los actos administrativos fictos han creado derechos subjetivos a particulares no pueden ser revocados por la administración pública, tal como se ha manifestado en reiteradas ocasiones a lo largo del presente estudio.

Como se observa, la regla general es que todos los actos administrativos son revocables en sede administrativa, a excepción de aquellos que han generado derechos subjetivos a terceros particulares, siendo estos, según lo establece el ecuatoriano Patricio Secaira, los siguientes⁵⁶:

- a) Aquellos actos administrativos provenientes de la facultad discrecional de la administración;*
- b) Los actos administrativos certificadorios;*
- c) Los informes o dictámenes;*
- d) Autorizaciones o aprobaciones;*
- e) Inscripciones en registros;*
- f) Los que han generado derechos en terceros;*
- g) Los nombramientos.*

1.8 Clases

⁵⁶ Patricio Secaira, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 2004, p. 194-199.

Muchos doctrinaritos coinciden en el hecho de que el acto administrativo puede presentarse de diversas clases, algunos manifiestan que necesariamente se lo debe clasificar de una manera general y no sistemática, debido a la inagotable y cambiante casuística legal⁵⁷; mientras que otros establecen que se lo debe clasificar en base a los siguientes criterios⁵⁸: según su contenido, según sus efectos, según la autoridad administrativa de la que emana, según las voluntades que concurren para su emisión, según la función que cumplen dentro del procedimiento administrativo, etc.

Considerando el gran espectro de clases de actos administrativos que pueden presentarse en la administración pública, nos remitiremos a la clasificación adoptada por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, en su libro *“Curso de Derecho Administrativo”*, misma que ha sido acogida por tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar en su obra *“Manual de Derecho Procesal Administrativo”*, y que se detalla a continuación⁵⁹:

a) Actos decisorios externos y actos no decisorios

Según los doctrinarios antes referidos el acto administrativo externo se caracteriza por ser una declaración administrativa de voluntad, dirigida a un sujeto, para lo cual se define ejecutoriamente una situación jurídica individualizada de dichos sujetos; mientras que el acto no decisorio son aquellos que no deciden, o donde no se pone de manifiesto la voluntad de la administración.

b) Actos resolutorios y de trámite

Para dichos tratadistas, esta clase de actos administrativos, son actos instrumentales de las resoluciones, las preparan, las hacen posibles, mientras que la resolución decide el fondo del asunto para poner término al procedimiento o suspender o hacer imposible su continuación.

c) Actos favorables y actos de gravamen

⁵⁷ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones, Volumen 1, Madrid 1997, p. 562.

⁵⁸ Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005, p. 179.

⁵⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones, Volumen 1, Madrid 1997, p. 563-566.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, manifiestan que esta clasificación de acto administrativo, fue formulada originalmente por W. Jellinek, pues este último manifiesta que aquellos actos administrativos que tienen un destinatario interno pueden afectar a éste de dos maneras diferentes: favoreciéndolo, ya sea con la ampliación de su patrimonio, reconociéndole un derecho, una facultad, titularidad, liberándolo de una limitación, de un deber, de un gravamen, produciendo pues un resultado ventajoso para el destinatario; o bien la segunda hipótesis (actos de gravamen), que serían desfavorables para el administrado, ya que se aplicaría todo lo contrario de los actos favorables.

d) Otras distinciones funcionales:

En este punto Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, recogen de los diversos criterios clasificatorios que ha expuesto la doctrina, siendo los de mayor utilidad para el estudio que nos ocupa, los siguientes:

- Actos constitutivos (crean, modifican, extinguen relaciones o situaciones jurídicas subjetivas en otros sujetos, los destinatarios, o en la propia administración);
- Actos declarativos (acreditan un hecho o una situación jurídica, sin incidir sobre su contenido);
- Actos singulares o generales;
- Actos de administración activa, consultiva o de control;
- Actos de otorgamiento y denegaciones;
- Actos personales o reales;
- Actos que causan estado en la vía administrativa y actos que no agotan dicha vía.

Como se aprecia, a lo largo de la clasificación que realiza Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, sobre los actos administrativos que emite la administración pública, se puede apreciar que dichos doctrinarios dejan abiertas las puertas para que se incluyan los actos administrativos que se presenten con la evolución del ordenamiento jurídico vigente, pues no los singulariza, sino los clasifica de modo que puedan adaptarse a cualquier actuación administrativa; sin embargo para nuestro estudio, los actos que nos interesan son aquellos que han generado derechos subjetivos a terceros, independientemente de donde nazcan o para que fueron generados, particularidad que los diferencia de los demás actos administrativos y que por lo tanto para su nulidad, deben seguir un procedimiento especial.

CAPÍTULO II

LA LESIVIDAD

2.1 El Recurso de lesividad como resultado de la administración pública

Como se ha manifestado en líneas anteriores, la doctrina tradicional del Derecho Administrativo y nuestro ordenamiento jurídico, concuerdan que como regla general, el acto administrativo es revocable por parte de la propia administración, ya sea a petición de parte o de oficio, siempre y cuando dicho acto, no haya generado, producido o creado derechos subjetivos a terceros, pues de presentarse dicho particular, la propia administración debe necesariamente cumplir con ciertas particularidades.

Para que un acto que haya generado derechos subjetivos a terceros, sea declarado nulo, es necesario que la administración pública declare lesivo previamente el acto administrativo, para posteriormente plantear la correspondiente impugnación respectiva ante uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, a través de una acción contenciosa de lesividad. El recurso de lesividad, estaría garantizando la igualdad de condiciones entre el administrado y la administración pública, pues si los administrados tienen la oportunidad de impugnar en sede jurisdiccional los actos de la administración pública que consideran que han lesionado sus derechos, resulta racional que la administración pública pueda impugnar sus propios actos, cuando estos hayan lesionado el interés público.

Es preciso indicar que en nuestro país, estaría autorizada por el *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*⁶⁰, la posibilidad de que la administración pública deje sin efecto y revoque un acto administrativo que ha generado derechos subjetivos al ciudadano, bastando para el efecto que se fije una indemnización, sin que la norma determine la forma de calcularla, remitiendo al perjudicado al Juez contencioso administrativo para la discusión sobre el monto de la indemnización, sin perjuicio de que el acto administrativo se considerará de todas maneras extinguido⁶¹.

Fiorini manifiesta que en España, el legislador ha dispuesto un régimen especial para el recurso de lesividad, para que la administración pueda recurrir de nulidad contra actos consentidos y con años de vigencia. Manifiesta además que el principio jurídico de que nadie puede invocar su propia torpeza para requerir la nulidad del acto que él mismo ha creado, que tanta importancia tiene en el derecho privado, no puede tener idéntico significado severo para el derecho administrativo, en especial referido a la administración pública. Los actos dolosos contra la administración pública realizados por funcionarios en

⁶⁰ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva*, Art. 92.

⁶¹ Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, T.1. Quito – Ecuador, 2009, p. 489.

beneficio de situaciones particulares, hace a la esencia de la ética administrativa; no pueden ni deben ser sanados con la prescripción penal o civil.⁶²

Esto nos enseña que el recurso de lesividad en la administración pública, fue creado para que la propia administración, pueda desconfirmar un acto administrativo ilegítimo, que ha sido dictado contrariando normas legales expresas, que en la gran mayoría son resultado del beneficio particular de la autoridad que lo dicta.

Es necesario señalar que resulta un poco absurdo que la propia administración, sea quien declare lesivo un acto dictado por ella misma; sin embargo en nuestro país se ha observado que la institución del recurso de lesividad, es utilizada por las autoridades administrativas entrantes, que pretenden que un acto administrativo corrupto dictado por la anterior autoridad sea retirado del mundo jurídico y declarado nulo, pues ha sido expedido contrariando el ordenamiento jurídico vigente.

A través de la declaratoria de lesividad y la posterior demanda ante uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, a través de una acción de lesividad, la administración pública pone a conocimiento su voluntad de retirar el acto del mundo jurídico, por ser lesivo al interés público. Esa expresión de voluntad permite al órgano administrativo, acudir ante el órgano jurisdiccional para que éste lo declare lesivo y lo retire del mundo jurídico⁶³.

2.1.1 Conceptos doctrinarios

Para entender correctamente los conceptos que exponen los doctrinarios del derecho administrativo sobre lo que se debe entender por recurso de lesividad, es necesario que previamente estudiemos el significado de la palabra lesividad. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se deriva del adjetivo lesivo (de lesa)⁶⁴. Así mismo, según el Diccionario de etimologías grecolatinas, establece que el vocablo lesivo deriva de la voz latina *laesio* – *onis* que se traduce como perjuicio o detrimento⁶⁵. Hoy en día, la palabra lesividad es considerada como un daño que ha sido ocasionado por otra persona, sin haber cumplido con algún proceso, formalidad o exigencia.

⁶² Bartolomé Fiorini, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Sociedad Anónima Editorial e Impresora, V.2. Buenos Aires – Argentina, 1968, p. 361.

⁶³ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998, p. 48.

⁶⁴ Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*. 21ava edición. Espasa Calpe. Madrid. 2001, p. 211 – 215

⁶⁵ Diccionario de etimologías grecolatinas. Editorial ERCULES. España. 1999, p. 325.

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual de Guillermo Cabanellas de las Cuevas, la lesividad es considerada como la cualidad que hace anulable por los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa, un acto de la administración que lesiona los intereses públicos, de orden económico o de otra naturaleza, dictado con antigüedad no superior a 4 años y aquejado de ilegalidad simple o no manifiesta. Así mismo manifiesta que la declaración de lesividad corresponde: 1° cuando se trate de la administración estatal, al ministro del ramo, por orden ministerial o al concejo de ministros, o por orden acotada; 2° cuando se trate de una corporación local, por acuerdo de ayuntamiento en pleno o de la diputación provincial; 3° cuando se trate de un ente público institucional, por resolución de éste conforme a sus normas vigentes⁶⁶.

Claro está que la definición expuesta por Cabanellas, tiene total concordancia con la emitida por los doctrinarios del Derecho Administrativo, tal como se demostrará a continuación; sin embargo, es preciso anotar que los organismos de la administración pública a los que refiere el referido tratadista, en nuestro país corresponderían a los organismos que conforman a la función ejecutiva, a los gobiernos autónomos descentralizados, y a las demás instituciones que conforman la administración pública determinados en el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador.

Roberto Dromi, define a la institución de la lesividad, como una acción procesal administrativa hábil, para que la administración impugne ante un órgano judicial competente, un acto administrativo irrevocable. Así mismo manifiesta que la declaratoria de lesividad, conforma un proceso administrativo especial, entablado por la propia administración en demanda de que se anule un acto administrativo que declaró derechos a favor de un particular, pero que es además de ilegal, lesivo a los intereses de la administración⁶⁷.

Por su parte el tratadista ecuatoriano Pablo Tinajero Delgado, considera que la declaración de lesividad, es en un acto administrativo inimpugnable, que contiene la expresión de voluntad del órgano administrativo competente, mediante el cual se procura el retiro del mundo jurídico, de un acto cuyos efectos benefician a un particular y que lesiona los intereses públicos⁶⁸.

⁶⁶ Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Eliasta S.R.L. 1944, 2008, 30ava Edición, Buenos Aires – Argentina, 2008, p. 58.

⁶⁷ Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997, p. 121-122.

⁶⁸ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998, p. 47.

Según Andrés Serra Rojas, la declaratoria de lesividad de un acto administrativo es: *“El procedimiento de lesividad en la doctrina administrativa es un procedimiento administrativo especial, iniciado por la Administración Pública para revocar o nulificar un acto administrativo dictado por la misma autoridad, por error o que perjudique al Fisco”*⁶⁹.

Como se puede observar, la doctrina coincide en que el acto administrativo que haya sido declarado lesivo, debe necesariamente ser impugnado en sede judicial, para que se declare su nulidad; esto de alguna manera equilibra el daño que se causaría al administrado en el caso de que se utilice esta institución por parte de la administración pública, pues se está otorgando al administrado la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa y demostrar que el acto no ha sido creado legítimamente.

2.2 El Recurso de lesividad en nuestro ordenamiento jurídico

Ahora bien, luego de haber analizado como procede la declaratoria de lesividad de un acto administrativo ilegítimo que lesiona derechos del interés público, es necesario compenetrarnos en nuestro ordenamiento jurídico vigente, y analizar que normas amparan a la administración pública la utilización de este recurso.

2.2.1 Constitución de la República del Ecuador

El Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, dispone: *“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”*. Norma Suprema con la cual queda consagrado que todos actos administrativos son impugnables ante la propia administración o en sede jurisdiccional.

Por su parte las letras a), b), c), h) k) y m) del Art. 76 de la Carta Magna, establecen algunas de las garantías del debido proceso:

“Art. 76.- El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

- a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento.*
- b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa.*
- c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...)*

⁶⁹ Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, Segundo curso, 23ava edición, Porrúa - México, 2001, pág. 831.

h) Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra. (...)

k) Ser juzgado por una jueza o juez independiente, imparcial y competente. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto. (...)

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”.

Estas garantías básicas del debido proceso, son las que la administración pública, debe observar durante el procedimiento que se instaure para declarar lesivo un acto administrativo que ha generado derechos a terceros, mismas que también deberán ser observadas por el órgano judicial, durante el proceso contencioso de lesividad.

La imparcialidad del órgano judicial en el Ecuador está garantizada en el número 1 del Art. 168 de la Constitución de la República del Ecuador que establece:

“Art. 168.- La administración de justicia, en el cumplimiento de sus deberes y en el ejercicio de sus atribuciones, aplicará los siguientes principios:

1.- Los órganos de la Función Judicial gozarán de independencia interna y externa. Toda violación a este principio conllevará responsabilidad administrativa, civil y penal de acuerdo con la ley”.

En este punto, es preciso establecer cuáles son los organismos e instituciones que conforman el sector público, por lo que nos remitiremos a la clasificación que realiza la norma suprema en su Art. 225, que establece:

“Art. 225.- El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.

2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.

3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.

Así mismo, para el objeto de nuestro análisis, es necesario establecer cuáles son los organismos e instituciones que integran la Función Ejecutiva, siendo el segundo inciso del Art. 141 de la Carta Magna, el que se encarga de dicha clasificación, norma constitucional que establece:

“La Función Ejecutiva está integrada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República, los Ministerios de Estado y los demás organismos e instituciones necesarios para cumplir, en el ámbito de su competencia, las atribuciones de rectoría, planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas nacionales y planes que se creen para ejecutarlas”.

Al respecto, es preciso limitar la órbita de todas las instituciones que conforman el Estado, en cuanto a sus facultades y competencias, presupuesto que obliga a las autoridades que las representen, a impugnar en sede judicial la nulidad del acto administrativo, luego de que ha sido declarado lesivo para los intereses públicos; para lo cual el Art. 226 de la Constitución establece:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley...”.

2.2.2 Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa

La atribución y a la vez obligación de las instituciones y organismos del sector público de demandar ante uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo la acción de lesividad de un acto administrativo que no puede ser revocado por la propia administración, pues dicho acto ha producido derechos subjetivos, se encuentra establecida en la letra d) del Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, misma que establece:

“Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:

*d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo”.*⁷⁰

⁷⁰ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Capítulo IV, Del Procedimiento Contencioso Administrativo, letra d) Art. 23.

Es preciso indicar que si bien dicha norma, no establece de forma clara y categórica, la necesidad de que la administración pública recurra a la acción contenciosa de lesividad ante los Tribunales de los Contencioso Administrativo, para declarar nulo un acto administrativo generador de derechos subjetivos, deja abierta la posibilidad y el camino para que la administración pública pueda recurrir ante el órgano judicial planteando la acción de lesividad en contra del administrado a cuyo favor se generaron derechos subjetivos, tal como se determina en la letra b) del Art. 24 Ibídem, que establece: *“La demanda se podrá proponer contra: b) Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición”*.

Para el presente estudio, es necesario además establecer cuáles son los términos con los que cuenta la administración pública, para proponer la correspondiente acción de lesividad en sede jurisdiccional, luego de la declaratoria de lesividad del acto administrativo. Lamentablemente nuestro ordenamiento jurídico vigente, no cuenta con una Ley que establezca específicamente el plazo para la presentación de la acción contenciosa de lesividad por parte de los órganos de la administración pública institucional; tal como lo hace el Art. 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), y el Art. 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), normas que serán analizadas más adelante; sin embargo puede aplicarse la norma que contiene el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que establece:

“Art. 65.- 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.

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”⁷¹.

Por otra parte, es preciso citar al Art. 76 Ibídem, que dispone: *“Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo”⁷²*; pues dicha norma establece de manera categórica que la impugnación

⁷¹ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Capítulo VIII, Disposiciones Generales, Art. 65.

⁷² Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Capítulo VIII, Disposiciones Generales, Art. 76.

de un acto administrativo en sede jurisdiccional, no suspenderá de ninguna manera su ejecución o cumplimiento del mismo, lo que obliga a la administración pública, a no suspender la ejecución del acto administrativo que ha generado derechos a terceros, facultando a estos últimos a beneficiarse de dicho acto hasta que el órgano jurisdiccional declare la nulidad del mismo.

2.2.3 Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización

El Art. 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), establece:

“Art. 373.- Lesividad.- Las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados podrán de oficio o a petición de parte declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para el administrado que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, previa su extinción.

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

Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria.

Iniciado el procedimiento administrativo de lesividad, la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado respectivo podrá suspender la ejecución del acto materia de dicho procedimiento, cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o le cause daños a terceros”⁷³.

Iniciado el procedimiento administrativo de lesividad, la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado respectivo podrá suspender la ejecución del acto materia de dicho procedimiento, cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil

⁷³ Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, publicado en el Registro Oficial No. 303 del 19 de octubre de 2010, Art. 373.

*reparación o le cause daños a terceros*⁷⁴.

Según se observa, la referida norma establece la obligación que tienen los gobiernos autónomos descentralizados, para de oficio o a petición de parte, declarar lesivo para el interés público los actos administrativos que han generado derechos a los administrados, presupuesto necesario para que habilite a las máximas autoridades de los referidos gobiernos para proponer posteriormente ante el órgano jurisdiccional.

Así mismo, determina los plazos que se deberá observar para poder declarar lesivo un acto administrativo (tres años), el tiempo que debe durar el trámite administrativo para la declaratoria de lesividad del acto administrativo (plazo de tres meses), y, el que tiene para concurrir ante el órgano jurisdiccional luego de que el acto administrativo ha sido declarado lesivo (plazo de tres meses).

2.2.4 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, es la única norma existente en nuestra legislación, que se refiere categóricamente a la institución de la lesividad y cuál es el plazo para interponer la acción contenciosa de lesividad, pues en su Art. 97 establece lo siguiente:

“Art. 97.- Lesividad.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

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”.

Por su parte el Art. 168 *Ibíd*em, establece el término que la administración pública posee para declarar un acto administrativo generador de derechos subjetivos como lesivo, así

como el plazo que debe considerar la administración pública para la tramitación del proceso administrativo que permita declarar al acto como lesivo, norma jurídica que establece:

“Art. 168.- Declaración de lesividad de actos anulables.-

1. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en este estatuto, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

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

3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad”.

En este punto, surge un problema con respecto al ámbito de aplicación de la norma antes referida, pues el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, según su Art. 2, establece que el mismo, es aplicable únicamente para los organismos e instituciones que conforman la Función Ejecutiva⁷⁵, dejando en una supuesta ambigüedad a los demás entes del Estado.

Sin embargo, nuestra Jurisprudencia, en un fallo de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, soluciona el problema antes referido, pues en la Resolución No. 0184-05-RA, en su parte considerativa, señala lo siguiente:

“NOVENA.- Vale precisar que, según la doctrina, existen actos administrativos reglados y discrecionales que crean efectos jurídicos en terceros, los cuales pueden ser objeto de revocatoria siempre y cuando se cuente con el consentimiento expreso del beneficiario del acto, o medie decisión jurisdiccional emanada de órgano competente.

⁷⁵ Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo de 2002 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Art. 2.

En cuanto atañe el nombramiento legalmente expedido por la administración a favor de un ciudadano, para que ocupe un cargo público, no es susceptible de revocatoria, mucho menos si el ciudadano ha entrado en posesión.

Durango en su obra, “Curso Breve de Derecho Administrativo”, quien añade que dicho acto administrativo no puede ser revocado por el órgano público que lo emitió, en razón de que en sus efectos jurídicos crearon derechos subjetivos a favor de administrado, (...).

Por lo tanto, en estos casos la administración pública no está en capacidad de ejercer su facultad de auto tutela, y por ende, revocar o anular, por sí, dichos actos.

Sin embargo, si tales actos afectan el interés público, el propio ordenamiento jurídico plantea una solución formal al problema para precautelar dicho interés y el imperio de la juridicidad. Esta solución se pone en manifiesto a través de la acción de lesividad, según la cual el titular del ente público, previo a la revocación del acto que corresponda, está obligado a emitir uno anterior mediante el cual se declare que el mismo es lesivo al interés público y acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa, para que mediante sentencia se autorice el retiro del acto cuya revocatoria se persigue⁷⁶.

Como se puede observar la Jurisprudencia establece de forma lúcida, que no solamente los organismos e instituciones del sector público de la Función Ejecutiva, deben utilizar la figura de la acción de lesividad, para que un acto administrativo que ha generado derechos a terceros, sea declarado nulo, situación que es completada con lo dispuesto en la letra d) del Art. 23, y letra b) del Art.24 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que ya fue analizado en líneas anteriores.

2.3 Naturaleza jurídica del recurso de lesividad y su aplicabilidad en el nuevo aspecto constitucional

Considerando que el presente estudio se centra en la declaración de lesividad de un acto administrativo y la posterior acción contenciosa de lesividad, no es suficiente establecer lo que manifiestan los doctrinarios del derecho administrativo respecto a la declaratoria de lesividad de un acto administrativo, siendo preciso y necesario estudiar cual es la naturaleza jurídica del término y porque razón fue considerado por la administración pública para definir a un acto administrativo ilegítimo.

⁷⁶ Fallo de la Segunda Sala del Tribunal Constitucional, Resolución No. 0184-05-RA.

Según Pablo Tinajero Delgado, la naturaleza jurídica de la declaración de lesividad, radica en el hecho de que la administración quiere asegurarse de que el acto lesiona el interés público, antes de que se inicie el proceso de lesividad. Además manifiesta que la forma idónea para comprobar inequívocamente la existencia de lesión, sólo será la tramitación de un procedimiento administrativo que compruebe legalmente la existencia de esa lesión y lo declare así, en una resolución final que, precisamente es la declaración de lesividad.⁷⁷

Al respecto, el doctrinario González Pérez en su libro “Derecho Procesal Administrativo”, considera al proceso de la declaratoria de lesividad de un acto administrativo, como un proceso especial, en el cual aparece una entidad pública como demandante frente a uno de sus propios actos supone derogaciones tan importantes de las normas procesales comunes, que da lugar a un proceso especial, claramente diferenciado del ordinario, manifestando además que tal proceso especial, se regirá en lo no previsto por las disposiciones específicas que lo regulan, por las del proceso ordinario⁷⁸.

De lo anotado, se puede observar que la naturaleza jurídica de la declaratoria de lesividad de un acto administrativo, tiene que ver con la necesidad de la administración pública en comprobar que tal o cual acto ha lesionado derechos al interés público, pues es considerado ilegítimo, ya que el mismo ha nacido contrariando el ordenamiento jurídico vigente, debiendo necesariamente la administración pública, seguir un procedimiento especial previo para su declaratoria de lesividad, respetando las garantías del debido proceso, para que finalmente a través de un resolución administrativa declarar que el acto es lesivo.

Por otra parte, tal como se analizó en el punto anterior, nuestra Constitución otorga a todos los ciudadanos del Ecuador, la posibilidad de impugnar los actos administrativos tanto en la vía administrativa, como en la judicial, reconociendo además algunas garantías del debido proceso que necesariamente deberán ser observadas por los servidores públicos de la administración central e institucional, como por los que administran justicia (Función Judicial).

Todo esto obliga a la administración pública, a observar irrestrictamente los procedimientos previos que establece nuestra legislación y jurisprudencia, para retirar del

⁷⁷ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998, p. 54-55.

⁷⁸ Jesús Gonzales Pérez, “*Derecho Procesal Administrativo*”, Instituto de Estudios Políticos. 1ra edición, Tomo 3 Madrid, 1958, p.68.

mundo jurídico a un acto administrativo que ha generado derechos subjetivos a favor de un tercero, a fin de que se cumpla con las garantías del debido proceso que establece nuestra Constitución, por lo que es imperioso establecer cuál es el procedimiento que debe observar la administración pública para que un acto administrativo sea declarado lesivo para el interés público y posteriormente ilegal por parte de un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y así cumplir con el debido proceso que garantiza nuestra Constitución.

2.4 La declaración de lesividad por parte del órgano administrativo

Como se ha manifestado párrafos anteriores, el *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, y el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), son las únicas normas en nuestro país que de manera expresa, establecen la necesidad que tienen las instituciones y organismos que forman parte de la Función Ejecutiva y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, según su orden, de declarar previamente un acto administrativo como lesivo para el interés público, para su posterior impugnación ante uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.

Se ha establecido también, que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la Doctrina y la Jurisprudencia Ecuatoriana, suponen que no solo las instituciones que conforman la Función Ejecutiva y los Gobiernos Autónomos Descentralizados, deben declarar previamente un acto administrativo que ha generado derechos a terceros, como lesivo, a fin de que sea anulado posteriormente por un órgano judicial, sino también las demás instituciones establecidas en el Art. 225 de la Constitución de la República del Ecuador.

En este punto surge un problema, pues si bien el ERJAFE y el COOTAD *normas aplicables para las instituciones y organismo que forman parte de la Función Ejecutiva y para los Gobiernos Autónomos Descentralizados, respectivamente*, a más de establecer expresamente la figura de la declaratoria de lesividad, indican claramente cuál es la autoridad competente para que declare lesivo el acto administrativo, los organismos de la administración pública institucional, no poseen una norma en particular en la que se advierta cual es la autoridad competente para la declaratoria del acto administrativo como lesivo, pues como se ha manifestado, la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa únicamente determina que para demandar la declaración de nulidad de un acto que no ha sido dictado conforme a derecho, debe comparecer el órgano administrativo que no

podiere revocarlo o anularlo, por lo que se hace necesario establecer claramente dicho presupuesto que será analizado a continuación.

2.4.1 Declaración previa

Como vimos en líneas anteriores, por regla general todos los actos administrativos son revocables a excepción de aquellos que han generado o producido derechos subjetivos a favor de un tercero. Pablo Tinajero Delgado, manifiesta que si la administración pública encuentra que un acto que ha creado derechos subjetivos, es lesivo al interés público, debe declararlo así mediante un acto suyo, de iguales características que el que se intenta retirar del mundo jurídico, indicando que solo así el órgano administrativo activo quedará habilitado para demandar ante el órgano jurisdiccional.⁷⁹

Como se puede observar el referido doctrinario, manifiesta que la declaratoria de lesividad del acto administrativo, es el presupuesto necesario que habilita a la administración pública a iniciar la correspondiente impugnación ante el órgano jurisdiccional, pues sin este requisito previo, no se puede iniciar la acción contenciosa de lesividad, proceso que será analizado más adelante.

Por su parte Juan Pablo Aguilar, manifiesta que la declaración de lesividad es la que sirve de fundamento al órgano administrativo para acudir, con la acción de lesividad, ante los jueces contencioso administrativos, para demandar la nulidad del acto administrativo de que se trate⁸⁰.

Al respecto, la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución No. 79 del 28 febrero de 2002, publicada en el Registro Oficial No. 602 del 21 de junio de 2002, ha dejado como precedente jurisprudencial, lo siguiente:

“RECURSO DE LESIVIDAD: La vía adecuada para revocar actos administrativos que crean, modifican o extinguen derechos, notificados al interesado.

“CUARTO.- Finalmente cabe añadir que no se pueden revocar los actos administrativos que creen, reconozcan o declaren un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados

⁷⁹ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998, p. 50.

⁸⁰ Juan Pablo Aguilar Andrade, 2009, *“Apuntes sobre la Acción de Lesividad en la Legislación Ecuatoriana”*, disponible en: <http://administrativopuce.blogspot.com/2009/11/apuntes-sobre-la-accion-de-lesividad-en.html>.

al interesado, como ha sucedido en el caso, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado (actos de gravamen), esto como consecuencia de la presunción de estabilidad de que gozan los actos administrativos. Únicamente le está permitida a la administración su revocación a través del recurso de lesividad. Por lo tanto, el Director General del IESS, debía iniciar un procedimiento administrativo, mediante el cual, establecida la lesividad del acto contra el sistema jurídico, la autoridad competente lo declara lesivo, en base de lo cual se podía iniciar la acción contencioso respectiva. Sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso de casación interpuesto. ...”

Como se puede observar, la jurisprudencia determina claramente que el propio organismo de la administración pública, es quien debe declarar la lesividad de un acto administrativo que ha generado derechos subjetivos a terceros y que se pretende sea retirado del mundo jurídico.

Así mismo, como manifestamos anteriormente, el *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, en su Art. 97, establece que la lesividad es la anulación de la propia administración de los actos declarativos de derechos, para lo cual se requiere previamente la declaratoria de lesividad para el interés público por parte de la administración pública; y por su parte el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en su Art. 373, manifiesta que los titulares de los gobiernos autónomos descentralizados, son quienes deben declarar lesivos para el interés público los acto administrativos que generan derechos para el administrado.

Con todo esto, se puede deducir que la declaratoria de lesividad de un acto administrativo que ha producido derechos a terceros, debe ser realizada por la *propia administración*, como requisito previo al inicio de la acción contenciosa de lesividad, para lo cual deberá necesariamente comprobar la existencia de las causas que lesionan el interés público, a través de un procedimiento administrativo que inexorablemente deberá cumplir con las garantías básicas del debido proceso establecidas en las letras a), b), c), h) k) y m) del número 7 del Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador, es decir poner en conocimiento del administrado beneficiario del acto administrativo que se pretenda declarar nulo, a fin de que este ejerza su derecho a la defensa y cuente con el tiempo y los medios necesarios para este cometido; presente las pruebas necesarias y conozca las causas por la cual se declara lesivo el acto ilegítimo que lo ha beneficiado. No está por demás indicar que la Resolución que emita la administración pública declarando al acto como lesivo debe estar debidamente motivada y posteriormente notificada al administrado.

2.4.2 Autoridad competente

A lo largo del presente estudio, se ha evidenciado que el órgano competente para expedir la declaración de lesividad es el propio órgano que dictó el acto lesivo, es decir la misma entidad y organismo público que inobservando el ordenamiento jurídico vigente, emitió un acto administrativo ilegítimo. Es claro, partiendo desde la máxima jurídica que establece que *las cosas en derecho se deshacen de la misma forma en que se hacen*, que el mismo órgano que emitió el acto administrativo lesivo, sea quien deba emitir un acto con efectos contrarios a otro anterior.

Al respecto, Pablo Tinajero Delgado, manifiesta que la doctrina señala una excepción a este particular, que consiste en la posibilidad de que la ley autorice a un órgano de control para que expida una declaración de lesividad sobre un acto expedido por la administración activa, que sea lesivo al interés público.

En este punto es pertinente hacer mención a la Jurisprudencia Ecuatoriana, específicamente a la Resolución No. 0214-05-RA dictada por el Tribunal Constitucional el 1 de agosto de 2006 y publicada en el Registro Oficial No. 343-S del 28 de agosto de 2006, misma que en su parte pertinente establece:

“ACCIÓN DE LESIVIDAD: Actos Administrativos irrevocables que afectan el Interés Público.

QUINTO.- Sin embargo, cuando estos actos irrevocables por la administración afectan el interés público, el derecho administrativo ha instituido una ‘solución jurídica al problema para precautelar el interés de la sociedad y el imperio de la juridicidad’. Esta institución jurídica se denomina acción de lesividad administrativa, misma que ‘consiste en la atribución legal que obliga al titular del órgano administrativo o a la máxima autoridad del ente público a emitir un nuevo acto administrativo por el cual declara lesivo al interés público el acto o resolución que lo motiva’, siendo esta declaración de voluntad de carácter previo ejercitada ante la jurisdicción contencioso administrativa, a la que puede recurrir la administración para retirar del mundo jurídico los actos o contratos que considere lesivos al interés público, precautelando los derechos del administrado. Cabe precisar que este recurso está contemplado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”.

La Resolución antes citada, es elocuente en el sentido de que la autoridad competente para declarar lesivo un acto administrativo que ha generado derechos subjetivos, es el

titular del mismo órgano administrativo que emitió el acto lesivo, a través de la emisión de un nuevo acto administrativo por el cual se declare lesivo al interés público el acto en cuestión.

2.4.3 Término

Con respecto al término que tiene la administración pública para declarar un acto administrativo como lesivo al interés público, se debe señalar que en nuestra legislación, en el Art. 97 del *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, se ha establecido únicamente el término para interponer la acción contenciosa de lesividad, de los actos administrativos *no anulables*, que han sido declarados como lesivos para el interés público por parte de los organismos que conforman la administración pública central; sin embargo, nada dice con respecto al término que tiene la administración pública central para declarar lesivo un acto administrativo no anulable.

Por su parte el Art. 168 *Ibídem*, si establece un término para que la administración pública pueda declarar lesivo un acto administrativo, sin embargo esta norma es aplicable únicamente para los actos administrativos anulables, pues en su número 2 y 3 establece lo siguiente:

Art. 168.- Declaración de lesividad de actos anulables:

(...)

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

3.- Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad”.

En el Art. 373 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD), en su párrafo segundo establece que la declaración de lesividad, no se podrá adoptar una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto.

De lo anotado, se puede apreciar que nuestra legislación, si bien establece un término para declarar lesivos los actos administrativos, lo hace únicamente para los actos anulables, y con respecto a los actos administrativos emitidos por los gobiernos autónomos descentralizados, pues con respecto a los actos no anulables, solamente determina un término para interponer la correspondiente acción contenciosa de lesividad ante uno de los tribunales de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Sin embargo, si consideraríamos que no existe un término para que se declare lesivo un acto administrativo no anulable, pudiendo la administración pública institucional declarar lesivo un acto desde el momento en que se descubrió que el mismo es contrario al interés público, se estaría afectando gravemente al derecho a la seguridad jurídica del administrado que ha sido beneficiado con el acto que pretende ser declarado lesivo, derecho que se encuentra consagrado en el Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, que establece: “*Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes*”; por lo que necesariamente debería considerar que el término establecido en el Art. 168 del *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, es también aplicable para los actos administrativos no anulables.

Ahora bien, a fin de establecer definitivamente cuál es el término fatal para la declaratoria de lesividad de los actos administrativos en general que hayan generado derechos a terceros, es pertinente remitirnos a legislaciones de otros países en los cuales si se ha establecido un término para este efecto. En la legislación Española la institución de la lesividad, se encuentra regulada en la *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común*, específicamente en su Artículo 103 que establece:

“Art. 103.- Declaración de lesividad de actos anulables.

1.- Las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

2.- La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos cuatro años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, en los términos establecidos por el artículo 84 de esta Ley.

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

4.- Si el acto proviniera de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se adoptará por el órgano de cada administración competente en la materia.

5.- Si el acto proviniera de las entidades que integran la Administración Local, la declaración de lesividad se adoptará por el Pleno de la Corporación o, en defecto de este, por el órgano colegiado superior de la entidad”.

Como se puede observar, en el número 2 de la norma antes referida, se establece que la declaración de lesividad de los acto administrativos anulables no podrá realizarse luego de transcurridos cuatro años contados a partir de que el acto administrativo fue expedido, es decir otorga a la administración pública un año más de lo que determina nuestra legislación, para que puede declarar lesivo un acto administrativo anulable.

Por lo expuesto, consideramos que el término para que la administración pública pueda declarar un acto administrativo como lesivo, es de 3 años contados a partir desde que se dictó el acto, para lo cual necesariamente se exigirá la correspondiente audiencia previa de cuantos aparezcan como interesados en el mismo, tal como lo establece el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD).

CAPÍTULO III

LA ACCIÓN CONTENCIOSA DE LESIVIDAD

3.1 La acción contenciosa de lesividad ante los tribunales distritales de la jurisdicción contenciosa administrativa.

Luego de haber analizado todos los supuestos y requisitos previos, que inexorablemente deben observar y cumplir en sede administrativa, todas las instituciones, organismos y entes del sector público, para declarar a un acto administrativo que ha generado y creado derechos subjetivos, como lesivo para el interés público, es preciso establecer cuál es el procedimiento que debe cumplir en sede jurisdiccional, para que un acto sea definitivamente declarado como nulo.

Cabe anotar que la acción contenciosa de lesividad, es considerada por algunos doctrinarios del Derecho Administrativo, como un proceso administrativo especial, tal como lo establece el tratadista español Aurelio Guaita, en su libro denominado el proceso de lesividad, en el cual considera que el mismo es *un proceso administrativo especial, promovido por un sujeto jurídico-administrativo en demanda de que revoque un acto administrativo anterior de aquel mismo sujeto público*⁸¹.

Compartiendo con dicha aseveración, antes de analizar el procedimiento que debe observarse en el juicio contencioso de lesividad, se debe dejar sentado que la acción que nos ocupa, es un procedimiento especial, pues no es común que la propia administración pretenda dejar sin efectos jurídicos, un acto administrativo propio.

Por su parte el tratadista ecuatoriano Juan Pablo Aguilar Andrade, manifiesta que la acción de lesividad se presenta como una excepción, pues deja de lado las potestades de auto tutela de la administración pública y le obliga a recurrir a la instancia judicial. Además manifiesta que la acción de lesividad es aquella que tienen los órganos administrativos para, cuando consideran necesario revocar un acto administrativo dictado por ellos mismos, acudir ante los tribunales, a fin de que sean éstos los que resuelvan lo conveniente⁸².

3.1.1 Requisitos

Sujetos procesales

⁸¹ Aurelio Guaita, *El proceso de lesividad*, 3ra edición, Casa Editorial Barcelona. Barcelona-España 1980, p. 74.

⁸² Juan Pablo Aguilar Andrade, 2009, "*Apuntes sobre la Acción de Lesividad en la Legislación Ecuatoriana*", disponible en: <http://administrativopuce.blogspot.com/2009/11/apuntes-sobre-la-accion-de-lesividad-en.html>.

En este punto es preciso hacer mención a la máxima jurídica del Derecho Procesal, que establece la necesidad de que en todo proceso judicial exista un sujeto activo y un sujeto pasivo, por lo que es necesario establecer quien ejerce tanto la legitimación activa como la pasiva en el juicio contencioso de lesividad.

Como se ha manifestado a lo largo del presente estudio, la propia administración, representada por la autoridad del órgano o institución del sector público, es quien debe declarar como lesivo el acto administrativo que pretende sea declarado como nulo en sede judicial, por lo que resulta lógico que quien ejerce la legitimación activa en este tipo de acciones, es ese mismo órgano que previo haber cumplido una serie de requisitos ha llegado a instancias judiciales.

La aseveración antes referida, es corroborada por la letra d) del Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que establece que *el órgano de la administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo*, es quien debe comparecer ante uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, a presentar la correspondiente acción contenciosa de lesividad.

El tratadista Pablo Tinajero Delgado coincide con lo dicho anteriormente, pues manifiesta muy acertadamente, que es un requisito para que se produzca la acción de lesividad, que el actor en el juicio sea la propia administración que dictó el acto administrativo que se pretende retirar del mundo jurídico, basándose en el hecho de que el órgano jurisdiccional solo podrá examinar la pretensión, únicamente cuando la demanda hubiese sido deducida por una persona activamente legitimada en contra de una persona pasivamente legitimada.⁸³

Por lo expuesto, es requisito inexorable que el órgano de la administración pública, sea quien intervenga en sede judicial, como sujeto activo de la acción contenciosa de lesividad, a través de la cual busca dejar sin efectos jurídicos, un acto administrativo que ha sido declarado lesivo para el interés público y que ha creado derechos a terceros.

Ahora bien, una vez analizado quien es el legitimario activo en el juicio contencioso de lesividad, esto es el órgano de la administración pública, resulta obvio que el sujeto pasivo, es el administrado a favor de quien se ha dictado un acto administrativo que ha beneficiado a sus intereses, puesto que a este último no le conviene de ninguna manera

⁸³ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998, p. 61.

que dicho acto sea declarado nulo, por lo que deberá intervenir en dicho juicio como demandado a fin de que exponga todos los argumentos que considere necesarios en beneficio de sus derechos subjetivos.

3.1.2 Plazos

Como se ha manifestado en capítulos anteriores, el inciso final del Art. 97 del *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, y el inciso tercero del Art. 373 del *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)*, establecen claramente que el plazo para interponer la acción contenciosa de lesividad ante los Tribunales Distritales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es de tres meses contados a partir de la declaratoria de lesividad; esto para los actos declarativos de derechos y que no son anulables.

Por su parte el Art. 168 del *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, con respecto a la declaración de lesividad de los actos anulables, establece que el plazo para interponer la acción contenciosa de lesividad ante los Tribunales Distritales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad, norma que coincide con el plazo determinado en el Art. 97 del mismo Estatuto.

Sin embargo, es necesario recordar que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) y el *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)*, únicamente son aplicable para las instituciones u organismos que conforman la Función Ejecutiva y los gobiernos autónomos descentralizados, por lo que es necesario citar una norma que tenga el carácter de general, como es el caso de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que en el inciso primero del Art. 65 establece lo siguiente:

“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”.

Como se puede observar, el término señalado en dicha norma, supera al establecido en los Art. 97 y 168 del *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, y en el Art. 373 del *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)*, pues habla de término y no de plazo; sin embargo consideramos que el término establecido en la referida norma legal, es el que se debería

considerar para las instituciones del sector público que no pertenecen a la administración central y a los gobiernos autónomos descentralizados.

Cabe indicar, que no se consideró al plazo que establece el inciso segundo del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, pues el mismo es aplicable a los recursos contenciosos de anulación u objetivo, es decir para los recursos propuestos en contra de actos administrativos de carácter general o normativo, debiendo recordar que el acto administrativo materia del presente estudio, es aquel que ha sido declarado previamente como lesivo para el interés público, por haber generado o producido derechos subjetivos a terceros.

3.1.3 Procedimiento

El procedimiento que debe seguirse en los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, como resultado de la presentación de una acción contenciosa de lesividad, por parte de un organismo o institución de la administración pública, que pretende que un acto que ha sido declarado previamente lesivo para el interés público, sea retirado definitivamente del mundo jurídico, no ha sido regulado en nuestra legislación; sin embargo es preciso determinar el procedimiento que debe observar la administración pública, luego de que haya declarado lesivo un acto administrativo, para lo cual nos remitiremos al procedimiento común que establece la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa para las acciones contenciosas en general, debiendo necesariamente anotar las particularidades propias que deben ser consideradas en la acción contenciosa de lesividad.

Como se ha manifestado anteriormente, el sujeto activo en el juicio contencioso de lesividad, es el organismo de la administración pública, que luego de haber declarado lesivo un acto administrativo, recurre a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo para que dicho acto sea declarado nulo; por lo que la demanda que da inicio al juicio contencioso de lesividad, debe necesariamente ser redactada y presentada por el titular del órgano de la administración pública.

Lo dicho anteriormente, es confirmado por lo dispuesto en la letra d) del Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que establece que quien debe comparecer con la presentación de la demanda para que un acto sea declarado nulo, es el órgano de la Administración autor del acto administrativo que no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo.

Cabe indicar que en el Art. 25 *Ibíd.*, se establece la posibilidad de que los terceros coadyuvantes que tuvieren interés directo en el mantenimiento del acto administrativo, que motivare la acción contenciosa administrativa (*en este caso la acción contenciosa de lesividad*), puedan comparecer en cualquier estado de la causa; por lo cual, para que dicha facultad sea ejercida eficazmente, es necesario que la interposición de la acción contenciosa de lesividad sea publicada conforme lo establece el Art. 82 del Código de Procedimiento Civil, norma supletoria que necesariamente debe ser observada de oficio por el Tribunal que sustancie la causa, a fin de garantizar que los terceros coadyuvantes, que han sido favorecidos por el acto administrativo que ha sido declarado lesivo para el interés público, tengan conocimiento de la acción contenciosa de lesividad que ha sido propuesta, y puedan comparecer oportunamente dentro del mismo.

Continuando con el análisis del procedimiento que debe cumplirse en la acción contenciosa de lesividad, es pertinente señalar cuáles son los requisitos que debe contener la demanda, para que sea calificada como clara y completa; para este cometido es necesario citar lo que dispone el Art. 30 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, misma que establece:

“Art. 30.- La demanda debe ser clara y contener:

- a) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones en la ciudad de Quito, sede del Tribunal, y dentro del perímetro legal.*
- b) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado.*
- c) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.*
- d) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión.*
- e) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos.*
- f) La pretensión del demandante.*
- g) La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir.*

*En esta clase de juicios no se podrá cambiar o reformar la demanda en lo principal”.*⁸⁴

Los requisitos antes referidos, son los que establece nuestra legislación para que la demanda que dé inicio a un acción contenciosa administrativa, sea clara y completa, mismos que son plenamente aplicables para la acción contenciosa de lesividad; sin

⁸⁴ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Capítulo IV, Del Procedimiento Contencioso Administrativo, Art. 30.

embargo es preciso anotar que en los fundamentos de hechos y de derecho que se presenten en la demanda, el órgano de la administración pública deberá justificar claramente los motivos por los cuales el acto administrativo que ha sido declarado lesivo y que se pretende sea declarado nulo, ha lesionado el interés público.

Otro elemento indispensable para la presentación de la demanda, es la remisión de la Resolución Administrativa, a través de la cual se declaró lesivo, el acto que pretende ser revocado, así como los documentos que justifiquen la personería del titular del órgano estatal, requisitos que se encuentran establecidos en las letras a) y b) del Art. 31 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Cabe indicar que el requisito establecido en la letra c) del artículo antes citado, actualmente ya no es aplicable, según lo dispuesto en el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado, mismo que en su parte final establece: *“No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra 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 reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa”*;⁸⁵

Luego de que la demanda ha sido aceptada a trámite, por haber reunido todos los requisitos antes expuestos, se debe considerar que el procedimiento de la acción contenciosa de lesividad es idéntico al procedimiento que se observa para las acciones contenciosas comunes, para lo cual se deberá observar estrictamente lo que disponen los Arts. 33 al 41 de la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En lo que tiene que ver con la citación al demandado, se debe observar lo que dispone el Art. 33 Eiusdem, para lo cual se debe entender que el demandado, es el administrado (*sujeto pasivo*) que haya sido beneficiado con el acto administrativo que pretende ser declarado nulo por parte del órganos de la administración pública que ha propuesto la demanda.

Así mismo, se debe señalar que el término que tiene el demandado (*administrado*) para contestar la demanda de la acción contenciosa de lesividad, según el Art. 34 de la Ley antes citada, es 15 días, para lo cual en la referida demanda deberá proponer todas las excepciones dilatorias y perentorias que crea conveniente para sus derechos; se debe anotar que dicho término, resulta suficiente para que el demandado pueda preparar la

⁸⁵ Ley de Modernización del Estado, Capítulo IV, De la Descentralización y la Desconcentración, Art. 38.

contestación a la demanda, pues se debe recordar que el mismo, previamente ya conoció sobre la intención de del órgano de la administración pública, en declarar nulo el acto administrativo que lo ha beneficiado.

Cabe indicar además, que en la contestación a la demanda, se deberá enunciar la prueba que considere el administrado necesaria para proteger sus derechos, así como el domicilio judicial en donde desea recibir las notificaciones que deba realizar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, tal como lo establece el Art. 35 de la norma antes referida.

Una vez que la contestación a la demanda ha sido presentada dentro del término de los 15 días, se procederá conforme lo establece el Art. 38 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, esto es con la notificación al órgano de la administración pública que ha presentado la acción contenciosa de lesividad, así como con la apertura de la causa a prueba por el término de 10 días, dentro del cual se practicarán las diligencias probatorias que hayan sido solicitadas. Cabe indicar que el Tribunal podrá disponer de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias a fin de esclarecer y tener mayores elementos de juicio para emitir la sentencia que corresponda.

Concluido el término de prueba, según lo dispone el Art. 41 Ibídem, cualquiera de las partes podrá solicitar Audiencia de Estrados para alegar verbalmente, en la cual no se podrán plantear cuestiones extrañas a los asuntos materia de la litis.

Como se puede observar, lo que se ha hecho en los párrafos anteriores, es determinar los puntos más importantes del procedimiento contencioso común, que debe ser observado en el juicio contencioso de lesividad antes de que se dicte la correspondiente sentencia, por lo que los artículos de la Ley de la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo que no han sido mencionados, deben ser cumplidos tal cual se disponen en dicha Ley.

3.1.4 Sentencia

La sentencia que emita el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, dentro de la acción contenciosa de lesividad, deberá contener y cumplir con todos los requisitos establecidos en los Arts. 42 al 49 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa⁸⁶, misma que podrá ser favorable o desfavorable para el órgano de la administración pública que ha

⁸⁶ Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, Capítulo IV, Del Procedimiento Contencioso Administrativo, Arts. 42-49.

comparecido en sede jurisdiccional, para que un acto suyo, que ha sido declarado previamente como lesivo para el interés público, sea retirado del mundo jurídico.

Si la sentencia es desfavorable para la administración pública, es decir que la demanda de la acción contenciosa de lesividad, ha sido rechazada por el Tribunal, por considerar que el acto administrativo que ha sido declarado lesivo, es legítimo y no afecta ni lesiona al interés público, el administrado podrá continuar beneficiándose del acto administrativo que la administración pública consideraba lesivo, sin que la administración pública pueda suspender de ninguna manera la ejecución o continuación del mismo, ya que la autoridad competente así lo ha dispuesto.

Cabe indicar que el órgano de la administración pública, podrá interponer el correspondiente recurso de casación, en contra de la sentencia que dicte el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para lo cual deberá observar los términos y procedimiento, establecido en la Ley de Casación. Ahora bien, si la sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es favorable para el órgano de la administración pública, es decir que la demanda de la acción contenciosa de lesividad, ha sido aceptada, el administrado igualmente podrá interponer el correspondiente recurso de casación en contra de la referida sentencia.

Si en casación se desecha el recurso interpuesto por el administrado, y se ratifica la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la ejecución del acto administrativo que ha generado derechos subjetivos al administrado, debe inmediatamente suspenderse, ya que al haberse agotado todos los recursos que establece la legislación, y el acto administrativo no debe seguir ejecutándose, ya que el mismo pierde total validez jurídica y todos los derechos que han nacido desde su ejecución quedan extintos.

En este caso, surge otro inconveniente en cuanto al administrado, pues dicha decisión estaría perjudicándole en cuanto a los beneficios que el acto que ha sido declarado nulo, le venía otorgando, por lo que se hace necesario que el Tribunal de los Contencioso Administrativo, en la misma sentencia disponga el pago de las indemnizaciones a que hubieren lugar, según las pruebas que se han producido en el juicio, o mandar a que se establezcan esos daños y su cuantía en proceso separado, conforme las normas de procedimiento común⁸⁷.

⁸⁷ Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998, p. 74.

CAPÍTULO IV

ESTUDIO DE CASOS

1.1 Análisis de sentencias de acciones de lesividad

A continuación se expondrán y analizarán los casos más sobresalientes de la jurisprudencia ecuatoriana, con respecto a la obligación que tienen los titulares de un órgano administrativo de recurrir a la acción de lesividad, cuando pretendan que un acto que ha generado derechos subjetivos, sea retirado del mundo jurídico, mismos que permitirán ampliar un poco más el caso que nos ocupa, y conocer como han fallado los órganos judiciales de nuestro país, cuando no se ha cumplido el procedimiento previo expuesto en párrafos anteriores, para que un acto administrativo sea declarado nulo en sede judicial.

a) 26-IX-2007 (Resolución No. 384, Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, R.O. 613, 16-VI-2009)

- ACTO ADMINISTRATIVO: Acción de lesividad

(...) *TERCERO.- Consta a fojas 7 del caso sub júdice, la acción de personal número 2004-00010-OP-DPSC de 19 de marzo del 2004, suscrita por la Directora Provincial de Salud del Cañar, por la cual se resolvió 'dar por terminado el nombramiento provisional del abogado Wilson Fernando Romo Carpio', quien venía desempeñando el cargo de Comisario de Salud 1, desde el 24 de enero del 2003, fecha en que fue 'nombrado provisionalmente' por la misma Directora de Salud de la provincia. Este acto impugnado, por el que se da por concluido dicho 'nombramiento provisional', plantea el problema jurídico que la Sala va a resolver, en virtud de la acusación de la entidad recurrente de que en la sentencia se registra falta de aplicación del artículo 113 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vigente a la época del nombramiento del actor (actual artículo 48 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa), norma que establecía el nombramiento 'provisional' para el caso de los cargos respecto de los que se encontraban pendientes procesos vinculados con la destitución o suspensión de funcionarios de carrera. La argumentación de que estos cargos son llenados provisionalmente no significa que no tengan que sujetarse a las normas que prevén la Constitución y la ley para ocupar un puesto en el servicio público ecuatoriano. En este proceso, se verifica que el cargo de Comisario de Salud 1 fue llenado sin previo concurso público de merecimientos y oposición, al extender el nombramiento a favor del actor empleando la figura de la 'provisionalidad' de la designación, situación que no es aislada, pues, según consta, ya se había utilizado para nombrar al anterior funcionario que ocupó el referido cargo.- De estas consideraciones se desprende que la autoridad nominadora infringió el régimen jurídico*

sobre la provisión de cargos en la Dirección de Salud del Cañar. Sin embargo, el hecho de que se hubiera 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. Este criterio ha sido desarrollado por la Sala en varios fallos, entre ellos, las resoluciones: números 371-2006 de 28 de noviembre del 2006, dentro del juicio 51-04, Montesdeoca C. Ministerio de Salud; número 237-2007 de 15 de junio del 2007, dentro del juicio 377-04, Inca C. Ministerio de Salud; número 243-2006 de 18 de julio del 2006, dentro del juicio 390-03, López C., Ministerio de Salud.

CUARTO.- Ahora bien, tratándose de un 'acto administrativo regular', que ha generado derechos para los administrados, sólo es posible dejarlo sin efecto por los vicios en que hubiere incurrido, por medio 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 auto tutela. 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 auto tutela por los vicios detectados -se trata de vicios en el procedimiento-, es claro que la relación sólo pudo concluir por una de las causales de destitución previstas en la ley, y previo el procedimiento debido, de tal forma que la acción de personal No. 2004-00010-OP-DPSC de 19 de marzo del 2004, con la que se deja sin efecto el nombramiento del actor, es ilegal, como lo ha señalado el Tribunal a quo. Finalmente, es necesario manifestar que es 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 la Constitución y la ley llenan los cargos vacantes. La 'provisionalidad', con la que se intenta justificar este proceder, no enerva la responsabilidad del funcionario por la infracción al ordenamiento jurídico.- Por las consideraciones vertidas, ADMINISTRANDO JUSTICIA, EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto.- Sin costas.- Notifíquese, publíquese y devuélvase”.

Análisis

En este caso, se observa que un servidor público, fue separado de su cargo mediante una acción de personal emitida por el titular del órgano administrativo, por considerar que el nombramiento provisional, con el cual se vinculó al servidor público a la administración pública, fue otorgado sin previo concurso de méritos y oposición, ante lo cual la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, establece que tratándose de un acto administrativo regular, que ha generado derechos para los administrados, sólo es posible dejarlo sin efecto por los vicios en que hubiere incurrido, por medio del mecanismo de la declaración y acción de lesividad, para lo cual indica que se requiere acudir a los órganos jurisdiccionales, previa declaratoria de su lesividad. Por estas razones se declaró que la acción de personal, con la que se deja sin efecto el nombramiento del actor, es ilegal, y se rechazó el recurso de casación interpuesto.

b) "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

(...) 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..."

Análisis

Como se puede observar, en el caso antes referido, se establece firmemente que no es posible reformar un acto administrativo que ha generado derechos subjetivos, por la sola voluntad de un concejo municipal, sin haber cumplido con todas las exigencias legales, esto es la necesidad de haber recurrido ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, a través de una acción de lesividad, a fin de que se deje sin efecto un acto que el concejo municipal no puede hacerlo por sí mismo; en dicha sentencia se manifiesta que ésta es la única forma que establece la doctrina para declarar nulo un acto que ha generado derechos subjetivos, y que su vialidad está consagrada en la disposición contenida en la letra d) del Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; por todo esto el Administrador de Justicia, considerando que el concejo municipal no propuso una acción de lesividad ante uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, casó la sentencia recurrida y dispuso que el funcionario público sea reintegrado a funciones.

c) 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**

(...) *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 NEUROCIROLOGÍA 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 auto tutela: 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 auto tutela 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 invaliables, 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.”

Análisis

Como se puede observar en el caso antes citado, un servidor público que no accedió a su puesto por concurso de merecimientos según el régimen establecido para el efecto, ha sido removido mediante un simple memorando por parte del órgano administrativo, ante lo cual la Sala de lo Contencioso Administrativo, entre otras cosas, establece que aunque se conoce que el acto administrativo que ha generado derechos al servidor público es ilegal, por los vicios en los que se ha incurrido para su conformación, la única forma de dejarlo sin efecto, es a través del mecanismo de la declaración y acción de lesividad, pues considera que dicho acto no puede ser extinguido por razones de legitimidad en la misma sede de la administración, ya que el mismo ha generado derechos subjetivos al servidor público. Por estos motivos, la Sala de lo Contencioso Administrativo, declaró que el memorando con el que se removió del cargo al servidor público, es ilegal, por lo que más adelante casó la sentencia y dispuso que el servidor público sea restituido al cargo que venía ejerciendo.

d) 10-X-2006 (Resolución No. 0360-05-RA, Tercera Sala, R.O. 395-S, 13-XI-2006)

- ACCIÓN DE LESIVIDAD: Modo legítimo para la revocatoria de un acto administrativo por parte de la propia autoridad que lo expide

“ANTECEDENTES:

MARTHA LUCÍA VELASTEGUÍ TAPIA, presenta acción de amparo constitucional ante el Juzgado Tercero de lo Civil de Cotopaxi, Latacunga en contra de los señores Alcalde, Procurador Síndico Municipal y, Director de Recursos Humanos del Municipio de Latacunga, a fin de que se deje sin efecto el acto administrativo constante en el Oficio No. 2005-054-DRH, de 31 de enero de 2005, emitido por el Director de Recursos Humanos del Municipio de Latacunga. La recurrente en lo principal manifiesta:

Que desde el primero de agosto de 2004, venía prestando sus servicios lícitos y personales para la I. Municipalidad del Cantón Latacunga, en el Mercado Mayorista, en calidad de recaudadora, hasta que el 31 de enero de 2005, mediante Oficio No. 2005-050-DRH, el Director de Recursos Humanos del Municipio de Latacunga, le comunica que: ‘...por disposición de la Alcaldía ésta Dirección Hace conocer a Ud. Que ha sido cesada en sus funciones a partir del 1 de febrero del 2005...’.

Que de conformidad con el literal a) del artículo 26 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público los servidores públicos gozarán de estabilidad en el puesto, luego del período de prueba, salvo lo dispuesto en la mencionada ley; además precisa que durante el tiempo que se encontraba al frente de sus funciones, jamás ha sido sancionada, ni ha tenido reclamo alguno por parte de sus superiores.

Que en ningún momento se instauró en su contra un Sumario Administrativo, de conformidad con lo determinado en los artículos 78, 79 80 y 81 del Reglamento a la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, privándole de esa forma de sus derechos constitucionales.

Que tampoco se expidió una Acción de Personal, con la que se deje sin efecto o insubsistente su nombramiento, sino que a través de un simple oficio suscrito por el Director de Recursos Humanos del Municipio de Latacunga, arrogándose funciones que no le correspondían, emite el acto ilegal, arbitrario e inconstitucional que impugna.

Considera la accionante que, la conducta del Municipio viola sus derechos constitucionales consagrados en los artículos 23; y, 24 numerales 10 (derecho a la defensa) y, 13 (motivación de los actos) del texto constitucional. Con tales antecedentes, y fundamentada en lo que disponen los artículos 95 de la Constitución y 46 y siguientes de la Ley Orgánica del Control Constitucional, solicita se deje sin efecto el acto administrativo constante en el Oficio No. 2005-054-DRH de 31 de enero de 2005, por causarle daño inminente, a más de grave e irreparable.

La audiencia pública tuvo lugar el 27 de abril de 2005, a la misma que concurrieron las partes. La accionante por intermedio de su Defensor, se ratifica en los fundamentos de hecho y de derecho de su pretensión. La Procuradora Sindica Municipal, ofreciendo poder o ratificación del señor Alcalde propone las siguientes excepciones: a) Improcedencia de la acción al haberse equivocado la vía, pues la accionante debía acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y no proponer recurso de amparo constitucional; b) Improcedencia de la acción al ser legítimo el acto impugnado, pues el nombramiento de la accionante no reúne los requisitos constitucionales y legales al no haberse sometido a concurso de merecimientos y oposición, por lo que su nombramiento no se considera definitivo; c) No existe daño económico irreparable al derecho subjetivo de la accionante debido a que su nombramiento adolece de nulidad y nadie puede beneficiarse de un contrato nulo, por lo que no existe daño atribuible a los demandados.

El Juez Tercero de lo Civil de Cotopaxi, Latacunga mediante resolución de 02 de mayo de 2005 acepta la acción de amparo propuesta, por considerar que la accionante ha obtenido su nombramiento legalmente, habiendo estado sujeta al período de prueba, por lo que su nombramiento se considera definitivo; que, para la destitución de un servidor público, la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público en su artículo 46 y el Reglamento de la misma en su artículo 78, establecen el procedimiento del Sumario Administrativo que debió ser aplicado y, en el presente caso no existió dicho Sumario, como tampoco la respectiva Acción de Personal que deje sin efecto su nombramiento.

Considerando:

(...) SEXTO.- El nombramiento emitido por autoridad competente, mediante acción de personal, determinó la creación de derechos a favor del servidor municipal, tanto más si laboró bajo esta modalidad, aproximadamente 6 meses, derechos a su favor, que se encuentran reconocidos en el artículo 35 de la Constitución Política, como es el desarrollar una actividad que a la vez es obligación que le asegure el respeto a su dignidad y una

existencia decorosa, además, está el derecho al reconocimiento de una remuneración justa en retribución al desgaste ocasionado por el desarrollo de las actividades a que se obliga en virtud del nombramiento otorgado, en armonía con el derecho previsto en el artículo 23, número 17, de la Carta Política, que garantiza el trabajo remunerado y que las personas no serán obligadas a realizar un trabajo gratuito, a más de los derechos reconocidos para los servidores públicos en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, en aplicación del artículo 124 de la Constitución Política. Por lo cual no cabe que la administración municipal lo revoque por sí misma, pues para ello el ordenamiento jurídico ha previsto la acción de lesividad, conforme establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en sus artículos 23, d) y 24, b), ya que se han generado derechos subjetivos y ha sido publicitado, caso en el cual 'goza provisoriamente de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y solo puede quedar sin efecto por decisión jurisdiccional que siempre tendrá efectos retroactivos', conforme señala el Dr. Patricio Secaira en la obra Curso de Derecho Administrativo, y añade: 'Varios tratadistas opinan en el sentido que no compete únicamente a la administración la declaratoria de nulidad de estos actos, cuando, como se ha dicho, han generado derechos en terceros y han sido notificados; por manera que en sede judicial, deben ser necesariamente impugnados para lograr su anulación, lo cual no opera de oficio. Pero cuando han declarado derechos subjetivos y el acto ha sido notificado, la administración no puede anularlos, estando en este caso, obligada a declararlo lesivo mediante resolución administrativa y a demandar su anulación en vía jurisdiccional' (p. 206), siendo que cualquier otra forma de dejarlo sin efecto, es ilegítima por contrariar el ordenamiento jurídico correspondiente. Similares pronunciamientos se han efectuado en las tres Salas del Organismo, en los casos Nos. 0494-2005-RA, 0304-2005-RA, resueltas por la Primera Sala; Nos. 1088-2004-RA, 0191-2005-RA, 0374-2005-RA, 318-2005-RA, resueltos por la Segunda Sala; y, 0251-2005-RA, 0311-2005-RA, 0347-2005-RA, resueltos por esta Sala.

SÉPTIMO.- Si bien la Octava Disposición Transitoria de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa establece que será nula cualquier acción o acto administrativo que se produzca con violación de las disposiciones de esa Ley, la misma no faculta a la autoridad revocar o dejar sin efecto los actos nulos, más aún si han generado derechos subjetivos, siendo necesario al respecto precisar que no está sometido a consideración de la Sala, la calidad del nombramiento otorgado a favor de la accionante, el cual goza de las características de legitimidad y ejecutoriedad de todo acto administrativo, sin que el accionante deba sufrir las consecuencias del error de la administración, tal como lo dispone el Art. 20 de la Constitución Política de la República.

OCTAVO.- Los casos de ‘cesación’ de funciones, se hallan taxativamente determinados en el artículo 48 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, sin que se evidencie del proceso que la actora estuviese incurso en alguno de ellos, por lo cual decisión tomada por el Alcalde de Latacunga, contraría lo establecido en el Art. 35 de la Constitución Política de la República, que contiene los principios y derechos que garantizan al trabajador, esto es la estabilidad laboral que le asegure una existencia decorosa y una remuneración justa para sí y su familia, y el artículo 124 de la Constitución que garantiza el régimen de estabilidad en los puestos a los servidores públicos, por consiguiente, viola el derecho al trabajo consagrado en la Carta Fundamental.

NOVENO.- En el oficio impugnado, por el cual se comunica la cesación de funciones a la accionante, se limita a señalar que se ha revisado la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, para tomar tal decisión, lo cual evidencia que el acto impugnado carece de motivación en los términos previstos en el artículo 24, número 13 de la Constitución Política, en cuanto no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho

DÉCIMO.- Por cuanto la separación del trabajo de la demandante no ha sido por ella ocasionada, no puede soportar el daño grave e inminente que esta medida le ocasiona, el que se concreta en la imposibilidad de continuar ejerciendo funciones en el Municipio de Latacunga y ejercer el derecho al trabajo por haber sido colocado en la desocupación y, por tanto, deja de percibir una remuneración justa que permita su subsistencia y la de su familia.

Por todo lo expuesto y en uso de sus atribuciones constitucionales y legales, Resuelve:

1.- Confirmar la resolución expedida por el Juez de instancia; por las consideraciones que se realizan en la presente resolución, y en consecuencia, conceder el amparo constitucional propuesto y por tanto, en aplicación de lo previsto por el artículo 95 de la Constitución, dejar sin efecto la cesación de funciones contenida en el oficio No. 2005-054-DRH.

2.- Devolver el expediente al Juez de origen para los fines previstos en el artículo 55 de la Ley de Control Constitucional. ...”.

Análisis

Según se observa en el caso antes citado, una servidora pública ha sido cesada en funciones, a través de un simple oficio expedido por parte del titular del órgano administrativo, sin que previamente se haya instaurado un sumario administrativo en su contra, ni se haya expedido un acción de personal que deje sin efecto su nombramiento; al respecto la Tercera Sala establece que al haberse creado derechos a favor de la servidora pública, a través del nombramiento emitido por autoridad competente, se debía recurrir a la acción de lesividad, conforme establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en sus artículos 23, d) y 24, b), ya que la administración pública no podía revocarlo por sí misma, razones por las cuales se resolvió dejar sin efecto el oficio con el cual se cesó de funciones a la referida servidora pública.

e) 7-II-2000 (Expediente No. 12-2000, R.O. 49, 3-IV-2000)

- *CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES*

- **ACTO ADMINISTRATIVO EN QUE NO SE APLICA NORMA LEGAL: Declaratoria de lesividad**

PRIMERO.- Este juicio se ha propuesto impugnando la resolución adoptada por el Ministro de Agricultura, mediante la cual se notifica al actor de la cesación de sus funciones de Director de la Unidad Ejecutiva del Proyecto de Asistencia Técnica al Subsector Riego UEP del Ministerio de Agricultura y Ganadería que el recurrente se obligó a desempeñar mediante el respectivo contrato de prestación de servicios suscrito por el Ministerio de Agricultura; y la sentencia impugnada declara ilegal ese acto así como el ratificadorio del mismo. Ciertamente es, que la prestación de servicios del actor, conforme queda dicho, se originó en un contrato celebrado previamente, más lo que es objeto de la litis en sí, no es el contrato sino el acto administrativo mediante el cual se deja sin efecto la prestación de servicios del actor derivada de tal contrato. De lo anterior aparece con toda claridad que son absolutamente impertinentes al caso las violaciones legales que, dice el recurrente, se cometieron al suscribir el contrato del que dimanó la prestación de los servicios; de existir tales violaciones, lo procedente habría sido, no declarar terminado unilateralmente el contrato, pues esta institución se establece en la contratación pública únicamente para los casos de incumplimiento del contrato, sino proceder a demandar ante los tribunales competentes la nulidad del contrato o de creerse pertinente, la lesividad del acto administrativo que originó el contrato. En consecuencia de lo anterior, aparece claramente que en la sentencia recurrida no existe falta de aplicación de los Arts. 60 lit. e) de la Ley de Contratación Pública; 12, 13, Art. innumerado inserto después del 17, 18, 24, 26, 33 y 41 de la Ley de la Consultoría, como erradamente sostiene el recurrente.

SEGUNDO.- En cuanto a la falta de aplicación del Art. 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vale la pena señalar que el recurrente no desempeñaba las funciones de Director de la entidad ejecutora por nombramiento expedido por autoridad competente, sino en virtud de un contrato de prestación de servicios profesionales que establecía un plazo fijo para el desempeño, por lo que en consecuencia no es aplicable la norma del Art. 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, toda vez que no se trata de un cargo del servicio civil de libre nombramiento y remoción sino de prestación de servicios sujeta a las prescripciones de la ley 'ibídem' de acuerdo al Art. 8 de la misma.

TERCERO.- En cuanto a la alegada falta de aplicación del Decreto Ejecutivo No. 104 publicado en el Registro Oficial No. 47 del 16 de marzo de 1997, tal norma, conforme reiteradamente ha venido manifestando esta Sala, no puede tener otro alcance que el de simple declaratoria general de lesividad que autorizaba, en los casos pertinentes, a la autoridad nominadora a iniciar la respectiva acción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente. Además, la inicial comunicación tiene fecha anterior a la de expedición del Decreto, por lo que, aún en el supuesto no aceptable de que el mismo pudiera tener una connotación jurídica mayor a la establecida, no podría ser justificación del acto administrativo inicial.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores nos llevan a la evidente conclusión de que el recurso de casación interpuesto por el Ministro de Agricultura, carecía de fundamento jurídico por lo que, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, no se casa la sentencia. ..."

Análisis

En este caso, el titular de un órgano de la administración pública, pretende casar una sentencia mediante la cual se declaró nulo un acto administrativo que dio por terminado un contrato de trabajo, que vinculaba a un servidor público al órgano de la administración pública, pues considera que dicho acto administrativo fue emitido debido a que el contrato de trabajo fue suscrito por haberse incurrido en violaciones legales; ante lo cual la Administración de Justicia manifiesta que no se debía proceder a dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo, pues esta institución se establece en la contratación pública únicamente para los casos de incumplimiento del contrato; indica que lo que procedía es la presentación de la correspondiente demanda ante los tribunales competentes para que el acto que originó el contrato, sea declarado lesivo.

f) 10-I-95 (Expediente No. 1-95, R.O. 632, 13-II-95)

- LESIVIDAD

- ACTO ADMINISTRATIVO NO REVOCABLE

- IRRETROACTIVIDAD

CUARTO.- La actora funda su reclamo en la imposibilidad legal del funcionario público para revocar una norma vigente que creó derechos a favor de una persona jurídica, y que en un supuesto de hacerlo, como ocurre en la especie, excede el límite de sus facultades regladas y discrecionales y transgrede la normatividad legal, especial y general a que está obligado a sujetarse por mandato de nuestro ordenamiento. Este fundamento de derecho se inscribe en el principio jurídico de la lesividad que tiene amplio sustento en la doctrina jurídica nacional y extranjera, en el criterio expuesto por el Procurador General y en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. Efectivamente, no obstante las disposiciones constitucionales y administrativas y de la Ley de Hidrocarburos alegada por el recurrente ninguna de ellas le autoriza para revocar el acto administrativo, cuando éste causa un perjuicio a terceros, y la administración está en la obligación de demandar jurídicamente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo la declaración de no ser conforme a derecho un acto emanado de la propia administración, como lo dispone el Art. 23, literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

QUINTO.- Resulta que el Ministro de Energía y Minas de ese entonces al dictar el Acuerdo Ministerial 472 el 24 de enero de 1991 otorgó beneficios económicos en favor de las compañías envasadoras de gas licuado de petróleo por lo que no pudo el Ministro ni tenía facultad para hacerlo en (detrimento de) dichos derechos, sin acudir previamente al organismo competente como se ha manifestado anteriormente.

SEXTO.- El Ministerio de Energía y Minas sustenta también su recurso en la supuesta prevalencia de principios legales de carácter civilista relativos a la irretroactividad de la Ley, pero se ignora el carácter especial y preeminente del ordenamiento jurídico específico como las Leyes de lo Contencioso Administrativo y de Hidrocarburos, que contienen preceptos particulares sobre la vigencia de las normas legales, al tiempo que indica en la demanda, que en la especie, han sido aplicadas por un titular del Ministerio de Energía y Minas y desconocidas por otro, situación que lo hacía improcedente por lesivo al interés de los particulares. Empero, debe dejarse aclarado que a la fecha rige el sistema establecido por el Art. 17 de la Ley No. 44-CNPCL, Reformatoria de la Ley de Hidrocarburos (R.O. No. 326: 29-1-93). Por lo manifestado en los considerandos precedentes, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala no casa la sentencia impugnada por falta de base legal

en el recurso de casación interpuesto, quedando así confirmada en su parte considerativa y resolutive."

Análisis

En este caso una empresa que ha contratado con el Estado la ejecución de algunos trabajos, expone la imposibilidad legal que tiene la administración pública para revocar una norma vigente que creó derechos a su favor, manifestando además que en el supuesto de que lo haga, el titular de la administración pública excede el límite de sus facultades regladas y discrecionales. Este fundamento fue acogido por el administrador de justicia y manifiesta que el titular del órgano administrativo, debía demandar jurídicamente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo la declaración de no ser conforme a derecho un acto emanado de la propia administración, como lo dispone el Art. 23, literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

g) 8-I-2004 (Resolución No. 02-04, R.O. 337, 18-V-2004)

- AUTONOMÍA MUNICIPAL Y JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
- RECURSO DE LESIVIDAD

"VISTOS (167/02): El Alcalde y Procurador Síndico de la I. Municipalidad de Gualaceo presentan recurso de casación en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por la señora G. C. en contra de la indicada Municipalidad; sentencia en la cual, aceptándose parcialmente la demanda se declara la ilegalidad del acto impugnado con los efectos pertinentes. Sostienen los recurrentes que en la sentencia impugnada se han infringido las disposiciones de los Arts. 232 Nos. 1, 2 y 3; 233; 64 No. 5; y, 17 No. 10 de la Ley de Régimen Municipal; 13, 14 y 16 de la Ley de Patrimonio Cultural y 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, infracciones que a su criterio han configurado la causal contemplada en el numeral primero del Art. 3 de la Ley de Casación por aplicación indebida en unos casos y falta de aplicación en otros, de las disposiciones legales mencionadas.

(...) CUARTO.- Las municipalidades tienen la obligación de exigir el estricto cumplimiento de las especificaciones y más elementos constantes en los planos aprobados, cuyo permiso de construcción ha sido otorgado; es evidente que, en ejercicio de las facultades concedidas por la Ley de Régimen Municipal pueden suspender las obras que se hallan en proceso de realización cuando las mismas violan las especificaciones y más condiciones en los planos que han sido aprobados y si tales construcciones se hallan afectadas por un

régimen especial aprobado por el Concejo en el ejercicio de las facultades concedidas por el Art. 15 de la Ley de Patrimonio Cultural, puede la Municipalidad exigir, a más de suspender la obra, que se repongan los elementos que han sido destruidos o indebidamente sustituidos de los edificios que se hallan sometidos a este régimen especial, con la sola limitación de las exigencias de la técnica; mas, por el hecho de haber cometido algunas violaciones de los planos o haber sustituido indebidamente elementos que conformaban la identidad del edificio sujeto a este régimen especial, no puede la Municipalidad cambiar el régimen jurídico especial al que se halla sujeto una construcción por simple voluntad del Concejo, cuando tal cambio, como en el caso, significa dejar sin efecto un acto administrativo que ha sido aprobado conforme a la ley y que ha creado derechos subjetivos a favor de un administrado. Y esto, porque conforme señala el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: ‘...en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo’ y, cuando sea necesario dejar sin efecto un acto administrativo lo procedente es que el máximo organismo, en el caso el Concejo, declare la lesividad del acto aprobado y declarado que sea éste, inicie el recurso contencioso administrativo de lesividad ante el Tribunal del distrito, de conformidad con lo que dispone el Art. 23 letra d) de la ley de la materia. Todo lo dicho, nos lleva a la evidente conclusión de que el recurso planteado carece de fundamento, desde luego sin desconocer las facultades del Municipio, señaladas en el considerando primero. Sin que sean necesarias otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se desecha el recurso planteado, salvando expresamente el derecho de la Municipalidad para exigir, previamente a la continuación de la obra, la reposición de los elementos originales del edificio, salvo que no lo permita la técnica. ...”

Análisis

En el presente caso, se observa que el titular de la administración pública (Municipio de Gualaceo), pretende dejar sin efecto un acto administrativo que ha producido derechos subjetivos a favor de un administrado; ante lo cual la administración de justicia manifiesta que necesariamente para dicho fin debe presentar el correspondiente recurso contencioso lesividad ante el Tribunal del distrito, de conformidad con lo que dispone el Art. 23 letra d) de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

1.2 Contrastación de hipótesis y objetivos

- **Hipótesis**

Lo que motivó el inicio del presente estudio, es el desconocimiento que existe con respecto a la institución jurídica de la lesividad, por parte de la administración pública institucional, pues en nuestro ordenamiento jurídico vigente, la referida figura jurídica ha sido recogida únicamente por el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, y, por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE, normas que aplican solamente para los gobiernos autónomos descentralizados, y, para las instituciones y organismos que conforman el poder ejecutivo, respectivamente, sin que se haya regulado claramente en alguna Ley o Reglamento, el procedimiento que deben observar los demás órganos de la administración pública institucional que no están reguladas por las normas antes referida, cuando pretendan dejar sin efectos jurídicos, un acto administrativo que ha producido derechos subjetivos y que es lesivo para el interés público.

Previo al inicio de la presente investigación, se presumía que el procedimiento que deben observar los titulares de la administración pública institucional, para retirar del mundo jurídico, un acto administrativo generados de derechos subjetivos que es lesivo para el interés público, ya sea por cuestiones de oportunidad o legitimidad, podía ser establecido en base a la doctrina nacional y extranjera, a la jurisprudencia, así como a la reducida normativa existente al respecto.

- **Objetivos**

El objetivo del presente estudio, es establecer el camino o el procedimiento que deben observar los organismos que conforman la administración pública institucional, cuando pretendan dejar sin efectos jurídicos, un acto administrativo que ha generado derechos subjetivos a favor de un tercero, ya sea por cuestiones de oportunidad o legitimidad, para lo cual se deben establecer cuáles son los presupuestos necesarios para este cometido y los términos que deben observar los órganos de la administración institucional.

Con todo esto se evitará que el Estado tenga en su contra un gran número de sentencias, en las cuales se rechazan las demandas presentadas por los titulares de los organismos de la administración pública institucional, por no haber observado el debido proceso para obtener la nulidad o revocatoria de un acto administrativo generador de derechos subjetivos.

- **Contrastación de hipótesis y objetivos**

Con el presente estudio, se ha logrado determinar el procedimiento y las condiciones indispensables que deben observar los organismos de la administración pública institucional, para dejar sin efecto un acto administrativo generador de derechos a terceros, que sea lesivo para el interés público, para lo cual se analizó la doctrina nacional y extranjera, la jurisprudencia existente al respecto, y las normas que regulan la institución de la lesividad en nuestro ordenamiento jurídico vigente, fuentes que han permitido establecer claramente los presupuestos necesarios, que deben ser cumplidos por la administración pública institucional para dicho cometido.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1 Conclusiones

- a) El recurso de lesividad y la acción contenciosa de lesividad, son instituciones jurídicas que por la falta de normativa y aplicación por la administración pública, es desconocida por los organismos que conforman el sector público, lo que ha generado, según lo hemos observado en la jurisprudencia existente al respecto, un número considerable de fallos contrarios al Estado Ecuatoriano.
- b) En nuestro país no existe norma legal específica, que determine el procedimiento administrativo que los órganos e instituciones de la administración pública institucional debe observar en sede administrativa, para declarar un acto administrativo, que ha generado y producido derechos subjetivos a favor de un tercero, como lesivo para el interés general.
- c) En el Ecuador solamente existe una Ley que regula la figura de la lesividad, esto es el *Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (COOTAD)*, en la cual se establece el procedimiento administrativo que los gobiernos autónomos descentralizados, deben observar previo a proponer una acción contenciosa de lesividad, ante uno de los Tribunales de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, a fin de que un acto administrativo que se considera lesivo para el interés público, sea retirado del mundo jurídico definitivamente.
- d) Así mismo, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, también ha regulado la institución de la lesividad; sin embargo dicho estatuto es aplicable únicamente para los órganos e instituciones del sector público que integran la Función Ejecutiva, es decir de la administración pública central.
- e) Los términos y el procedimiento que establece el *Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE)*, para declarar un acto administrativo como lesivo para el interés público, deben ser observados también por la administración pública institucional, pues los mismos coinciden con legislaciones de otros países y con los establecidos por la doctrina nacional y extranjera.
- f) La letra d) del Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, establece que el órgano de la administración autor de algún acto que, en virtud de

lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo, es quien debe comparecer ante uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo; por lo que dicha norma es la que los organismos de la administración pública institucional, deben utilizar para fundamentar una demanda de acción contenciosa de lesividad, misma que puede ser complementada con la letra b) del Art. 24 Ibídem.

- g)** Los organismos e instituciones estatales, deben necesariamente acudir al recurso de lesividad y a la acción contenciosa de lesividad, para dejar sin efectos jurídicos un acto administrativo que es lesivo para el interés general, ya sea por cuestiones de oportunidad o legitimidad, pues a través de dichas instituciones jurídicas, es la única forma de retirar del mundo jurídico, un acto administrativo que ha generado y producido derechos subjetivos.

5.2 Recomendaciones

- a)** Que la Asamblea Nacional, con carácter urgente realice las reformas necesarias a la legislación ecuatoriana o expida una Ley que regule íntegramente la figura de la lesividad y la posterior acción contenciosa de lesividad, en la cual se incluyan claramente los términos fatales y el procedimiento administrativo y judicial, que deben observar las Instituciones y organismos de la administración pública, para declarar un acto administrativo como lesivo para el interés público, y posteriormente demandar la correspondiente acción contenciosa de lesividad ante uno de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo.
- b)** Que hasta que la Asamblea Nacional no realice las reformas necesarias a la legislación ecuatoriana o expida una Ley que regule íntegramente la figura de la lesividad, las instituciones y organismos del sector público, para instaurar un recurso de lesividad y una posterior acción contenciosa de lesividad, observen los procedimientos y términos que establece la doctrina y la jurisprudencia existente al respecto, tal como se ha expuesto anteriormente, a fin de no obtener fallos contrarios que perjudican los interés del Estado Ecuatoriano y se respeten las garantías del debido proceso a los administrados a favor de los cuales se ha producido un derecho subjetivo.
- c)** Que las instituciones y organismos del sector público, así como los gobiernos autónomos descentralizados, fundamenten las demandas de Acciones Contenciosas de Lesividad, en la letra d) del Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción

Contenciosa Administrativa, para lo cual deberán observar las particularidades y supuestos jurídicos analizados en el capítulo III del presente estudio.

- d) Que, actualmente el procedimiento contencioso administrativo común, establecido en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es el que deben observar las instituciones de la administración pública en general y los órganos de la Función Judicial, para sustanciar una Acción Contenciosa de Lesividad, para lo cual se deberá considerar ciertas particularidades y supuestos jurídicos que ya fueron analizados en el Capítulo III.

- e) Que mientras no se realicen las reformas necesarias a la legislación ecuatoriana o expida una Ley que regule íntegramente la figura de la lesividad, las instituciones y organismos del sector público, deberían organizar foros y seminarios públicos, a fin de analizar el procedimiento previo que se debe observar para declarar como lesivo un acto administrativo que ha producido derechos subjetivos, así como el proceso que debe cumplirse para interponer una acción contenciosa de lesividad en sede jurisdiccional.

5.3 Observaciones al proyecto de Código Orgánico General de Procesos presentado en la Asamblea Nacional

Es de conocimiento público, el 20 de enero de 2014, los Presidentes del Consejo Nacional de la Judicatura y de la Corte Nacional de Justicia, con fundamento en el Art. 137 y siguientes de la Constitución de la República del Ecuador, presentaron ante la Asamblea Nacional un *proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, con el cual buscan una reforma integral al sistema judicial y una simplificación del ordenamiento jurídico procesal vigente que a su decir, actualmente es anacrónico y confuso, con el fin de contar con normas procesales homogéneas que puedan ser aplicadas por la administración de justicia, sin lugar a confusiones.

El referido *proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, en su Art. 1⁸⁸ establece que sus normas son aplicables a todas las causas en materia de naturaleza no penal, es decir que los procedimientos, términos, acciones y recursos que regularía dicho Código, deberán ser observados por la administración pública general, lo que hace necesario que,

⁸⁸ Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, Libro I. Título I, Capítulo I “Principios, Derechos y Garantías” Art. 1.

en el presente estudio, se analice y se realicen algunas observaciones que podrían ser incluidas en el referido proyecto, con respecto a la institución de la lesividad.

El *proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, en el número 3 del Art. 383, incorpora como una de las acciones en la jurisdicción contenciosa administrativa, a la lesividad, conceptualizando a la misma como una acción que pretende la extinción de un acto administrativo que lesiona al interés público⁸⁹; en el caso de que el referido proyecto sea aprobado, en nuestra legislación se incorporaría la posibilidad de que la administración pública interponga ante los órganos judiciales la correspondiente acción contenciosa de lesividad.

En los números 4 del Art. 387 y 4 del Art. 388 *Ibíd*em⁹⁰, proponen incorporar quienes serían los sujetos procesales que intervendrían en la acción contenciosa de lesividad, mismos que coinciden con los analizados en el Capítulo 3 de este estudio, estableciendo que los habilitados para demandar ante la jurisdicción contenciosa administrativa (*legitimación activa*), la correspondiente acción de lesividad, son las máximas autoridades de la administración autoras de un acto, que en virtud de lo prescrito en la Ley, no pudieran revocarlo o anularlo por sí mismos, y que la acción deberá ser propuesta (*legitimación pasiva*) en contra de las personas naturales o jurídicas, a favor de los cuales se crearon derechos a través del acto o disposición, tachado de lesivo.

Con respecto al término para la interposición de la acción contenciosa de lesividad, el número 4 del Art. 390⁹¹ del citado *proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, establece que la acción de lesividad podrá interponerse en el término de 30 días a partir del siguiente día de la declaratoria de lesividad, término que también coincide con el propuesto en el presente estudio.

Así mismo, con respecto al término que tienen los administrados para contestar las acciones de lesividad propuestas por los órganos de la Administración Pública, el Art. 393 del *proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, establece que se observará el término previsto en el proceso ordinario, que se encuentra desarrollado en el Art. 350 y siguientes, del referido proyecto.

⁸⁹ Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, Título III, Capítulo I “Proceso Contencioso Administrativo” número 3, Art. 383.

⁹⁰ Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, Título III, Capítulo I “Proceso Contencioso Administrativo” números 4, Art. 387, y número 4 del Art. 388.

⁹¹ Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, Título III, Capítulo I “Proceso Contencioso Administrativo” número 4, Art. 390.

Como se puede observar los términos, procedimiento y requisitos que debe seguir la administración pública ante los órganos de la Función Judicial, para interponer una acción contenciosa de lesividad, estarían perfectamente desarrollados en el *proyecto de Código Orgánico General de Procesos*; el problema surge con respecto al trámite previo que debe seguir la administración pública para declarar como lesivo para el interés público, el acto administrativo que ha generado derechos a favor de un tercero, pues en dicho proyecto no se desarrolla este requisito, mismo que según la doctrina y jurisprudencia analizada en este estudio, es indispensable cumplirlo antes de presentar la demanda, ante los órganos de la Función Judicial con la respectiva acción contenciosa de lesividad.

Por lo expuesto, la Asamblea Nacional, dentro de los debates que efectúe la Comisión Legislativa asignada para el trámite de aprobación del *proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, debería considerar la inclusión de los siguientes incisos a continuación del número 3 del Art. 383 del referido *proyecto*:

“Para que proceda la acción contenciosa de lesividad, las máximas autoridades de los organismos de la administración pública, que pretendan ante los órganos de la función judicial, revocar o anular un acto administrativo que ha generado derechos a favor de los administrados, deberán previamente de oficio o a petición de parte, declarar lesivo para el interés público el acto administrativo, ya sea por cuestiones de oportunidad o legitimidad, dentro del plazo de tres años desde que se dictó el acto, para lo cual se exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo.

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

Debo señalar que el referido proyecto, sería aplicable para la toda la administración pública, incluyendo la central e institucional, por lo que de aprobarse el mismo, incluyendo la observación antes referida, se evitaría la multiplicidad de normas procesales que dificultan la correcta, ágil, eficiente y eficaz administración de justicia; y en el caso concreto que nos ocupa, un conocimiento preciso por parte de la administración pública de cómo actuar para retirar del mundo jurídico un acto administrativo que es lesivo para el interés público.

Por otra parte, es preciso indicar que el *proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, no incluye a la acción de lesividad, como una de las acciones que puedan proponerse por la administración pública, ante la jurisdicción contenciosa tributaria, por lo

que sería necesario que la Comisión Legislativa asignada para el trámite de aprobación del referido proyecto, también incluyan al final del Art. 395, el siguiente inciso:

“En la jurisdicción contenciosa tributaria, además podrá interponerse la acción de lesividad, siempre y cuando se cumplan con los requisitos previos establecidos en el número 3 del Art. 383 de éste Código.”

Esta modificación al proyecto en cuestión, permitiría a la administración pública la interposición de la acción de lesividad, no solo ante la jurisdicción contenciosa administrativa, sino también ante la jurisdicción contenciosa tributaria, que podría presentarse cuando un administrado ha sido beneficiado con un acto administrativo de carácter tributario que ha generado derechos a su favor. Esto resolvería el vacío que existe en la normativa tributaria vigente, pues en el Código Tributario no se ha regulado la figura de la lesividad, otorgando a la administración pública tributaria la posibilidad de retirar del mundo jurídico un acto administrativo de carácter tributario lesivo para el interés público.

BIBLIOGRAFÍA

- Agustín Gordillo, Citado por Nicolás Granja Galindo, “*Fundamentos de Derecho Administrativo*”, Editorial Universitaria, Nueva Edición, Quito-1992.
- Andrés Serra Rojas, *Derecho Administrativo*, Segundo curso, 23ava edición, Porrúa - México, 2001.
- Aurelio Guaita, *El proceso de festividad*, 3ra edición, Casa Editorial Barcelona. Barcelona-España 1980.
- Bartolomé Florini, *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial La Ley, Sociedad Anónima Editorial e Impresora, V.2. Buenos Aires – Argentina, 1968.
- Diccionario de etimologías grecolatinas. Editorial ERCULES. España. 1999.
- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas T.1.
- Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas Ediciones, Volumen 1, Madrid 1997.
- Efraín Pérez, *Derecho Administrativo*, Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, T.1. Quito – Ecuador, 2009.
- Guillermo Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Eliasta S.R.L. 1944, 2008, 30ava Edición, Buenos Aires – Argentina, 2008.
- Herman Jaramillo Ordóñez, *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Particular de Loja. Loja, 1999.
- Jaime Vidal Perdomo, *Derecho Administrativo*, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997, 11ava edición.
- Jesús Gonzales Pérez, “*Derecho Procesal Administrativo*”, Instituto de Estudios Políticos. 1ra edición, Tomo 3 Madrid, 1958.
- Jorge Zabala Egas, *Derecho Administrativo*, Editorial EDINO, I TOMO, Ecuador 2005.

- Juan Pablo Aguilar Andrade, 2009, “*Apuntes sobre la Acción de Lesividad en la Legislación Ecuatoriana*”, disponible en: <http://administrativopuce.blogspot.com/2009/11/apuntes-sobre-la-accion-de-lesividad-en.html>.
- Marco Morales Tobar, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Editora Nacional, Edición Primera, Quito 2005.
- Nicolás Granja Galindo, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica del Ecuador, Quinta Edición- Quito – Ecuador, 1984.
- Pablo Tinajero Delgado, *La Acción de Lesividad*, Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia – Universidad Católica del Ecuador, Volumen IV, Quito 1998.
- Patricio Secaira Durango, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, 2004.
- Real Academia de la Lengua. *Diccionario de la lengua española*. 21ava edición. Espasa Calpe. Madrid. 2001.
- Roberto Dromi, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 5ta Edición, Buenos Aires 1996.
- Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 3ta Edición, Buenos Aires 1997.
- Constitución de la República del Ecuador.
- Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.
- Ley de Comercio Electrónico Firmas Electrónicas y Mensajes de Datos.
- Ley de Modernización del Estado.
- Código Civil.
- Código de Procedimiento Civil.
- Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización.

- Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.
- Proyecto de Código Orgánico General de Procesos, presentado en la Asamblea Nacional por parte del Consejo Nacional de la Judicatura.