



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO HUMANÍSTICA

TITULACION DE MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

"El Decaimiento como modo de extinción de los actos administrativos"

TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA

AUTORA: Calvache Fernández, Mishelle Elisa

DIRECTOR: Carrión González, Paul Evaldo

CENTRO UNIVERSITARIO: QUITO

2015

APROBACION DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA

Doctor.

Carrión González Paul Evaldo

DOCENTE DE LA TITULACIÓN

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado "El decaimiento como modo de extinción de los actos administrativos", realizado por la Abogada Calvache Fernández, Mishelle Elisa, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, abril 01 del 2015

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORIA CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Mishelle Elisa Calvache Fernández declaro ser autora del presente trabajo de fin de maestría: "El decaimiento como modo de extinción de los actos administrativos", de la Titulación de Magister en Derecho Administrativo, siendo el Dr. Paul Evaldo Carrión González 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, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición el Art. 88 del Estatuto Orgánico de la Universidad 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 o trabajos de titulación que se realicen con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) e la Universidad “

f.

Autor Mishelle Elisa Calvache Fernández

Cedula 1802235331

DEDICATORIA

A mi padre que dios lo tenga en su gloria le dedico un logro más en mi carrera ya que sé que él estará muy orgulloso allá en el cielo, a mi madre y hermanos de todo corazón doy gracias por todo el apoyo son mi mejor bendición en la tierra.

Gracias a dios por nunca abandonarme y ser el soporte de cada día de mi vida, soy una mujer muy afortunada.

AGRADECIMIENTO

A mi Familia por su apoyo en la trayectoria de mis estudios académicos, a mi madre y hermanos por sus sabios consejos, paciencia y su gran amor.

A la Universidad Técnica Particular de Loja, Facultad de Jurisprudencia y Escuela de Derecho.

A mi Director Dr. Paul Evaldo Carrión González, por su guía, comprensión y ayuda incondicional.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Caratula	I
Aprobación del Director del Trabajo de Titulación	II
Autoría Cesión de los derechos	III
Dedicatoria	IV
Agradecimiento	V
RESUMEN	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN	3

CAPÍTULO I

DERECHO ADMINISTRATIVO

1.1. El derecho público	10
1.2. Las bases constitucionales del Derecho Administrativo	13
1.3. Fuentes del derecho administrativo	18

CAPITULO II

EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU TERMINACIÓN

2.1. El acto administrativo	30
2.2. Noción y elementos del acto administrativo: competencia, motivación, causa y fin.	33
2.3. El silencio administrativo	52
2.4. Extinción del acto administrativo	62
2.4.1. La prescripción y caducidad	63
2.4.2. Terminación	71
2.4.3. Revocación	72
2.4.4. Nulidad y Anulabilidad	80

CAPÍTULO III

DECAIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. Decaimiento del acto administrativo	88
3.2. Tratamiento del Decaimiento en otras legislaciones y la doctrina de Latinoamérica.	

	97
3.2.1. Chile	97
3.2.2. Colombia	101
3.2.3. Argentina	108
3.3. Verificación de objetivos e hipótesis	111
CAPÍTULO IV	
CONCLUSIONES	114
RECOMENDACIONES	115
PROPUESTA JURÍDICA	116
BIBLIOGRAFÍA	118

RESUMEN

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano encontramos como medios tradicionales de extinción de los actos administrativos a la caducidad, la prescripción, la terminación, revocatoria y la nulidad del acto, razón por la cual si el acto no encaja en las normas tipificadas antes citadas no hay modo de extinguirlas lo que provoca una acumulación de actos administrativos que vuelven lenta la administración de justicia y del debido proceso, razón por la cual el decaimiento se vuelve una figura de interesante introducción para la aplicación en el sistema nacional administrativo.

Mediante el presente trabajo se propone la aplicación de la institución jurídica del decaimiento administrativo en las instituciones del sector público, con la finalidad de descongestionar la gran cantidad de expedientes administrativos que se encuentran sin un archivo definitivo por cuanto no se han podido acoplar a la figura de la prescripción, caducidad, o el silencio administrativo.

PALABRAS CLAVES: Decaimiento, acto administrativo.

ABSTRACT

In the Ecuadorian legal system are as traditional means of extinguishing the forfeiture administrative acts, prescribing, termination, revocation and invalidity of the act, why if the act does not fit into the aforementioned rules typified there no way to extinguish causing an accumulation of administrative acts become slow administration of justice and due process, why the decay becomes a figure of interesting introduction to the application in the national administrative system.

Through this paper the application of the legal institution of administrative decline in public sector institutions is proposed, in order to decongest the large number of administrative records that are not definitive because no file has been attached to the figure prescription, expiration, or administrative silence.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como fin hacer un análisis de la figura doctrinaria del decaimiento como un modo de extinción de los actos administrativos, haciendo una breve comparación con su aplicación en otros países y un análisis profundo de la factibilidad de su implementación en el Ecuador, con el fin de encontrar una salida jurídica a casos que cotidianamente se dan en la administración pública.

Se entiende por administración pública al conjunto de órganos administrativos que sirven al estado para la elaboración de sus funciones y actividades destinadas a la producción de obras, bienes y servicios de carácter público en una sociedad. Por lo tanto dentro de estos procesos creadores de bienes y servicios existen una gran cantidad de elementos que nos introducen a la idea de lo que son los actos administrativos y la importancia que tienen estos dentro del ordenamiento jurídico de una sociedad.

Iniciando por la premisa que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la administración, por medio de la cual se crean o se extinguen derechos de forma obligatoria y mediante la cual se genera una situación jurídica de carácter general, la misma es capaz de crear efectos jurídicos que tienen como consecuencia la vinculación de los administrados, de lo cual podríamos enmarcar un sin número de supuestos jurídicos mediante los cuales ya no es factible la aplicación de la caducidad, como un medio de extinción de los actos administrativos, por lo que la figura del decaimiento se vuelve una herramienta muy interesante para la aplicación en este tipo casos.

Ahora bien, para entender un poco más acerca de esta figura debemos considerar que la existencia de un acto administrativo está ligado al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión, solo aquí el acto administrativo existe y así lo señala la doctrina, por lo tanto la existencia del acto está ligada a su vigencia, la cual por regla general se da desde el momento mismo de su expedición, condicionada a factores como la publicación o notificación del acto, según sea el carácter del mismo o general o individual.

Algunos autores señalan que el acto administrativo existe desde que se expide, y su eficacia está condicionada a su publicación o notificación, en tanto podríamos señalar que la validez de un acto administrativo es el resultado de la adecuación, sumisión y cumplimiento de los requisitos preestablecidos en una norma superior, es decir que el acto administrativo es válido tanto en cuanto se adecue a las exigencias del ordenamiento jurídico.

La figura del decaimiento si bien no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico del Ecuador, dentro de la doctrina y jurisprudencia internacional se puede notar que esta es una forma anormal de extinción del acto administrativo, debido a que cuando las partes por inacción dentro del tiempo de ejecución de un acto no han demostrado su interés para que la autoridad se pronuncie, el acto administrativo automáticamente decae perdiendo su eficiencia y eficacia, así por ende poniendo fin al proceso.

Partiendo de este breve enunciado podemos ver como el decaimiento se vuelve un método viable de aplicación práctica para los casos en los que las figuras tradicionales no son eficaces como medio de extinción de los actos administrativos en el Ecuador, proporcionando no solo seguridad jurídica a los sujetos del procedimiento administrativo, sino también volviéndose un método interesante para evitar que los procedimientos se perennicen en la administración pública sin contestación y sin seguimiento de los procedimientos por parte de los interesados, provocando una acumulación innecesaria de expedientes administrativos que podrían archivers definitivamente en base a la aplicación de la doctrina como medio supletorio.

CAPÍTULO I
DERECHO ADMINISTRATIVO

El derecho administrativo a ojos de la historia nace con la independencia de los Estados Unidos de Norte América y la Revolución Francesa, como una forma de limitación al poder del monarca, aquí verdaderamente nace la necesidad de que exista una regulación para limitar al poder y las arbitrariedades por parte de las autoridades para lo cual se empieza a legislar y de esta manera a frenar estos atropellos, a esta limitación se la conocerá como principio de legalidad.

En líneas generales podremos decir que el derecho administrativo es el encargado de estudiar todo lo que tiene que ver con la organización de la administración pública y su funcionamiento; comprende por lo tanto todo este conjunto de normas, principios, jurisprudencia y doctrina relativa a la actividad de los órganos que integran la administración, con el fin de organizar de mejor manera el aparato institucional público dentro de un estado para su óptimo funcionamiento.

García Enterría señala que: *"El Derecho Administrativo es un sector o una rama del Derecho Público, dirigida a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho Común. Su objeto es, pues, la Administración Pública en todas sus manifestaciones"*.¹(sic)

Como lo señala el mismo autor en el (2006), explica el mecanismo legal de las potestades:

"El principio de legalidad de la Administración, con el contenido explicado, se expresa en un mecanismo técnico preciso: la legalidad atribuye potestades a la Administración para su acción confiriéndola al efecto poderes jurídicos. Toda acción administrativa se nos presenta así como ejercicio de un poder atribuido previamente por la Ley y por ella delimitado y construido. Sin una atribución legal previa de potestades la Administración, no puede actuar simplemente".²

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, FERNÁNDEZ TOMÁS RAMÓN.- Curso de Derecho Administrativo. Tomos I y II.- Civitas Ediciones. Madrid 2005.

² Ibídem, García Enterría, pág. 449

El principio de legalidad en tanto, debería mirarse con mayor amplitud ya que el administrador público y la función administrativa no solo que han de estar a lo dispuesto en la normativa jurídica vigente, sino a la juridicidad de sus actos, esto quiere decir tener al derecho presente en su conjunto, enmarcándose en los principios de capacidad, honestidad y eficiencia, puesto que los actos administrativos que de él emanaran deberán estar provistos de la mayor prolijidad, debido a que son actos legítimos y deben estar muy bien sustentados para salvaguardar la credibilidad de la administración pública.

El derecho administrativo como todos sabemos es una rama del derecho público, conformado por el universo de normas jurídicas que rigen el funcionamiento, la organización de las entidades públicas y sus relaciones con los particulares por lo tanto esta intrínsecamente dirigido a la regularización de los administrados que se encuentran dentro de las potestades de la administración pública.

La concepción moderna del derecho administrativo está como hemos visto arraigada a brindar una protección eficaz a los administrados, recogido y desarrollado por los derechos y las libertades de las persona consagrados primero en la Constitución, las Leyes y los Tratados Internacionales, ha sido el pie para proteger el derecho de los administrados con la finalidad de perseguir la justicia administrativa en todas sus formas y para brindar seguridad jurídica sobre todas las cosas.

Por lo tanto, entendamos si bien el derecho tiene como objeto regular la conducta humana y hay una distinción con el derecho privado, puesto que la autonomía de la voluntad de quienes actúan es un punto esencial, hasta las normas de derecho público que están ceñidas a lo que está dispuesto de modo expreso por el ordenamiento jurídico, por lo que es bueno reiterar que el derecho público ha sido reglado con el único fin de reducir al máximo la discrecionalidad con la que puede actuar el poder público a través de sus autoridades.

Es importante recalcar que el derecho administrativo al ser una rama independiente, nacida del derecho público, tiene sus propias características y principios, los mismos que en su mayoría aunque no sean escritos, responden a un adecuado alcance de las instituciones del estado, los principios son anteriores a la ley por lo tanto, puede considerarse como el resultado de una actividad social, de sus costumbres y

necesidades, los mismos que irán delineando y tienen como fin el ir enmarcando los principios básicos mediante los cuales se protegerá al administrado del abuso y la arbitrariedad legislativa por parte de las autoridades administrativas.

Estos principios vienen a ser las convicciones ético jurídicas mediante las cuales se sostienen los pilares básicos de una sociedad, estos principios se encuentran en los precedentes jurisprudenciales que se han ido desarrollando de acuerdo al evolución social y jurídica de los pueblos, todo con el fin de ubicarlo en un contexto de justicia, puesto que hay que recordar que cuando están en conflicto la ley y la justicia, la última siempre debe prevalecer, puesto que el objetivo del Estado es el bien común, razón por la cual podríamos decir que los principios jurídicos son el marco de referencia institucional mediante el cual nos permite entender la legitimidad del obrar administrativo y entre estos tenemos:

La seguridad jurídica, que se entiende como la certeza humana de que existe una ley que será cumplida por todos, tanto por autoridades, instituciones u organismos públicos, así como por los administrados, es decir, la convicción de que la autoridad administrativa siempre actuará de buena fe y con completo respeto al derecho ajeno de las personas.

La dignidad humana, este principio tiene que ver esencialmente que el trato que se tenga con los administrados debe ser óptimo de calidad y deben estar provistos de seguridad para ser tratados a la altura, con una entrega de servicios adecuados y oportunos para precautelar la protección de los derechos inherentes a la persona, como son: la protección a la vida, alimentación, educación, salud, bienestar, con el fin único de lograr el bien común y el respeto al ser humano.

La legalidad, este principio es entendido como aquel que nos enseña que todas las personas y órganos del poder público están sometidos al ordenamiento jurídico de un Estado. Por lo tanto no existe nadie que pueda ubicarse sobre el mandato constitucional o legal, este enunciado alcanza el principio a presumir de derecho que la voluntad administrativa es expresada por las decisiones de la administración, que están enmarcadas en el ordenamiento jurídico, hasta tanto por vía judicial se declare lo contrario.

Igualdad ante la Ley, es el principio universal, por el cual entendemos que ninguna persona puede ser discriminada, bajo ningún motivo o razón; es decir que la aplicación de la ley se la hace de manera igualitaria y tiene por fin proteger a los sectores sociales más débiles y vulnerables, reconociendo sus diferencias y legislando de modo que exista un accionar público más equitativo.

La proporcionalidad, es un principio que nos lleva a entender que la acción administrativa se adecua a la realidad y necesidad social que debe ser cubierta por la administración pública, graduándola en función de cada antecedente fáctico o caso concreto, con el fin de que la decisión administrativa se ajuste mesuradamente a esa realidad de los administrados propendiendo a la justicia social en la impartición de sanciones o excepciones.

La autotutela administrativa, mediante ese principio bastante particular se establecen los límites que la Constitución y la ley se crean para el ejercicio de la actividad pública que se expresa a través del control que la propia administración hace de sus actos, sea por medio de órganos superiores o de igual jerarquía, de modo anterior o posterior a la emisión de un acto, o sea por corrección del error mediante las atribuciones del modo que ordena la norma jurídica, mediante los recursos administrativos como un procedimiento para que la administración pueda autocontrolarse, es decir este es un mecanismo de vigilancia permanente que la propia administración hace contra de sus actos, pudiéndolos dejar sin efecto cuando estos vulneran de alguna manera el ordenamiento jurídico, con el fin de disminuir el daño que los mismos pudieran causar.

La jerarquía, este principio nos señala la estructura mediante la cual el derecho administrativo gradúa o estructura a sus órganos o autoridades, de tal modo que se evite las controversias de competencia, dando las correspondientes características de supra y subordinación jurídica, al hacer viables las decisiones que se adopten, ya que el poder nunca es horizontal y siempre estará estructurado de manera vertical tanto en las normas jurídicas de las cuales están provistos, así como de las autoridades administrativas que lo componen, con el fin de tener una lógica jerarquizada.

La permanencia, si bien la administración pública tiene que irse adecuando a la actividad y al entorno social, es un deseo de la colectividad contar con una administración pública que permanezca durante el tiempo que tenga una continuidad en la prestación de servicios, así el derecho administrativo se garantiza por medio de este principio, ya que el servicio público es intemporal, es decir que debe permanecer en el tiempo a pesar de sus cambios.

La especialidad, viene a ser un principio que se caracteriza por la competencia, en cuanto a dotar al poder público y a los órganos correspondientes, el conocimiento y las técnicas especializadas necesarias, de acuerdo con el interés de la colectividad o del grupo que se va administrar, con el fin de que esté dotado del mayor conocimiento técnico del tema a revisarse y así poder tratar de evitar errores por parte de la administración a la falta de conocimiento o inadecuada aplicación de la norma para el caso concreto.

1.1. El derecho público

El Estado es una forma de organización social, económica, política, soberana y coercitiva, formada por la respuesta de una sociedad con deseo de organizarse y ser reconocida por la comunidad internacional. Este se encuentra enmarcado por un conjunto de normas que regulan tanto la soberanía interna como externa dentro de un territorio determinado, en donde se forman institucionalidades como policía nacional, fuerzas armadas, la administración pública, tribunales de justicia, entre otras; y es por medio de la cual cada una de estas asume las funciones de defensa, gobernación, justicia, seguridad social y relaciones internacionales que le corresponden.

Dentro de esta organización estatal, se encuentra el denominado derecho público, que no es otra cosa que el conjunto de normas y preceptos jurídicos destinados a la tutela o defensa de los derechos del ser humano y sus intereses colectivos. Es la parte del ordenamiento jurídico que regula las relaciones entre las personas y entidades privadas con los órganos que ostentan el poder público, actuando dentro de sus legítimas potestades públicas, tanto jurisdiccionales como administrativas

según el órgano que interviene de acuerdo al procedimiento legal establecido por los órganos de la administración pública.

Fernández Vázquez, en su Diccionario de Derecho Público señala que el derecho público: "*es el conjunto de normas en virtud de las cuales el Estado despliega u actividad, en ejercicio de su poder público, para satisfacer el interés general*".³

Partiendo de lo antes dicho podemos decir que el derecho público, ha ido reglando y regulando las diversas situaciones previstas por las normas para reducir al máximo la discrecionalidad del poder público, con el fin de garantizar la seguridad jurídica y la democratización de las instituciones públicas de un estado.

En derecho público la característica fundamental es que los mandatos no se encuentran sujetos a la autonomía de la voluntad de las partes, debido a que son irrenunciables y obligatorios, en tal virtud existe una relación de subordinación por el Estado, con la justificación de regular el derecho de todos sus ciudadanos y mantener el orden público acatado por la población, es decir el derecho público es la parte que regula las relaciones supraordenación y de subordinación entre el Estado y los particulares, en coordinación con los órganos y divisiones funcionales del Estado entre sí.

Entonces diríamos que se conoce al derecho público como la rama del derecho, que tiene como objetivo la regulación de los vínculos que se establecen entre los individuos y las entidades de carácter privado, con los órganos relacionados al poder público, siempre y cuando se actúe en base a lo que la ley establezca, dentro de un marco institucional adecuado. Es importante recalcar, que en la práctica diaria del derecho no existe una división tajante entre las distintas ramas del mismo, sino más bien todas están interrelacionadas y claramente se pueden diferenciar del derecho privado.

Otra característica muy importante que se debe recalcar del derecho público es la desigualdad entre el poder público y el privado puesto que el mismo se encuentra en una posición soberana que se la conoce como imperium, mientras que en el derecho

³ FERNÁNDEZ VAZQUEZ EMILIO.- Diccionario de Derecho Público. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina. 1981

privado las relaciones son de igualdad; también podríamos destacar que el derecho público, las normas buscan el interés público, mientras que el derecho privado, las normas tienen la tendencia a favorecer el interés de los particulares.

Por otra parte la seguridad jurídica en el derecho público está dada por el principio de legalidad, en donde el ejercicio de las potestades deberá sustentarse en normas jurídicas determinadas por un órgano competente y por las materias que se encuentran bajo su jurisdicción.

Otra de las características del derecho público está en que existe la tendencia a reconocer un ámbito progresivo al derecho consuetudinario, razón por la cual su aplicación en el derecho administrativo es constante y la renovación del ordenamiento jurídico tiene como fin el volver al Estado en un aparato eficiente al servicio de la comunidad.

Ahora bien, de modo general podemos entender que el derecho público emana del Estado, que es un organismo público generador de derecho positivo el cual tiene como propósito regular las relaciones entre los particulares y los diferentes órganos de carácter administrativos, es necesario recalcar que el estado actúa bajo un mecanismo de doble arista: pública y privada. La primera como sabemos es una personalidad jurídica que exterioriza su política soberana, creando las instituciones y órganos del estado, los mismos que están dotados de competencias y normas para actuar, administrar y juzgar; y la segunda es la capacidad estatal de contraer compromisos y obligaciones con los particulares.

Fernández Vásquez, señala que el derecho público: *"es el conjunto de normas en virtud de las cuales el Estado despliega su actividad, en ejercicio de su poder público, para satisfacer el interés general"*⁴, de esto podríamos entender que los principios fundamentales que rigen la vida de las sociedades pertenece al derecho público, sin embargo, se derivan de este también las normas que regulan el derecho privado el mismo que es protegido por el estado.

En el derecho público es necesario recalcar que el Estado tiene una relación de desigualdad con el administrado, puesto que la administración pública ordena y los

⁴ Ibídem, Fernández.

particulares deben acatar estas decisiones, cosa que no pasa en el derecho privado por condición y relación de igualdad entre ambos, en donde cada uno de ellos tiene derechos y obligaciones, como interesantemente señala Bodenheimer cuando dice que el límite jurídico del accionar de los particulares constituye el derecho privado; en tanto que el derecho público es el límite o la restricción del accionar de los órganos públicos.⁵

Existe una estrecha relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo debido a que los dos estudian la organización y funcionamiento de las organizaciones políticas, pero mientras el primero aborda lo esencial y fundamental el Administrativo examina aspectos más relacionados con la prestación de servicios públicos.

1.2 Las bases constitucionales del derecho administrativo

Las bases constitucionales del derecho administrativo constituyen los límites superiores dentro de los cuales el Estado debe mantenerse, configurando el conocido y popular Estado de Derecho.

Ahora bien, históricamente con el nacimiento del constitucionalismo, en la época de la revolución francesa y la declaración de los derechos del hombre, se puede verificar un verdadero cambio en la vida política en lo que vino posteriormente, puesto que de aquí en adelante afectó radicalmente la relación entre el Estado y sus habitantes y es donde precisamente los derechos de las personas se vuelven inalienables y no pueden ser atropellados por ninguna persona; es decir, estos derechos no podrán ser desconocidos por el Estado y es aquí donde empieza la lucha en contra de las inmunidades del poder y se comienza a vivir una nueva era con respeto a los derechos de las personas y a vivir el estado social de derecho.

Con estos precedentes es que empieza a germinar el derecho administrativo, y se empieza a tomar conciencia de que existen derechos individuales frente al Estado, puesto que surge la necesidad de analizar el contenido de esa relación entre sujetos

⁵ BODENHEIRMER Edgar, Teoría del Derecho, traducido por Herrero Vicente, México, Fondo Cultura Economía, Colección Popular, 1986. Consultado de la web http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/2011/01/una_aproximacion_a_las_fuentes.pdf

y de construir principios en los que él se rige, puesto que como sabemos el cambio institucional no se pudo haber producido inmediatamente sino mas bien fue paulatino, debido a que hubo un reconocimiento formal de los derechos del hombre como tal frente al Estado. Ya no basta con que la administración este sometida a la ley, sino también es necesario que esté sometido a la Constitución y es aquí donde el Poder Judicial, forma parte esencial para que las reglas fundamentales del control de constitucionalidad y de las leyes se cumpla.

Tal como lo señala Alberdi, *"La Constitución se supone hecha por el pueblo y emanada del pueblo soberano, no para refrenarse a sí mismo, ni para poner límites a su propio poder soberano, sino para refrenar y limitar a sus delegatarios, que son los tres poderes que integran el gobierno nacional"*⁶, concepto que explica muy bien cuál es la concepción de la constitución y el papel que viene a cumplir en la nueva concepción del constitucionalismo en la sociedad actual.

En el ámbito de la administración pública, es muy común que constantemente se violen los derechos de los administrados, en donde para solucionar los conflictos suscitados de orden jurídico, existen varias vías como las administrativas y/o las judiciales, mediante la interposición de reclamos o de las demandas correspondientes, es decir, hablamos de una justicia constitucional cuando existe una protección de los derechos y libertades de las personas, bajo la concepción de garantías jurisdiccionales que se incluyen en la mayoría de las constituciones contemporáneas.

Las bases constitucionales en el Ecuador han sido muy variables, debido a que como lo señala la historia, la inestabilidad política que acompañó la república trajo como consecuencia un sin número de gobiernos de facto, para alcanzar la legitimidad político jurídica con reuniones y asambleas constituyentes que expedían nuevas constituciones y proclamaban nuevos presidentes, propiciando la conocida inestabilidad jurídica que hasta hoy nos ha dejado estragos provenientes de la historia.

⁶ Véase ALBERDI, Juan Bautista Escritos póstumos, t. X, Buenos Aires, 1899, pág. 125 http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo01.pdf consultado 04 de enero del 2014

En el Ecuador se logró acumular doce constituciones desde el año de 1830 hasta 1906, y en el siglo XX desde la carta política de 1929 hasta la nueva constitución del 2008, se encuentran siete constituciones, la mayoría de este elevado número no se debió a un afán de reestructurar la institucionalidad política o de proyectar verdaderas transformaciones, sino más bien con el fin de legitimar las situaciones de hecho que por muchos años se intentó no dar importancia al control de constitucionalidad o simplemente dejarlas de lado para no obstaculizar el ejercicio del Poder.⁷

Por eso no es de extrañar que en el siglo XIX y primera mitad del siglo XX el control de constitucionalidad haya tenido un desarrollo bastante limitado y contradictorio con la naturaleza de la justicia constitucional, puesto que el interés de las autoridades de turno son principalmente los intereses de la época mas no por una visión futura para el bien de nuestro país lo que fue y es muy perjudicial para el ámbito administrativo en el Ecuador.

En nuestro país se fue consolidando el sistema estatal, denominado Estado Social de Derecho, el mismo que propone fortalecer los servicios públicos relacionados con el Estado; garantizando los derechos individuales y colectivos esenciales para participar como miembro pleno en la sociedad y en la vida digna y distribución equitativa de las riquezas del país, es por esto que los administrados y los administrantes están sujetos a las directrices de las normas del Estado, por un lado y se encuentra sometidos a su propia normatividad que de ellos mismos se emanan, tanto las autoridades y los gobernantes. Es por ello que en un Estado Social de Derecho existen unos fines propios mediante los cuales se pretende inviolentar el proceder del Estado con igualdad y libertad estatal como gestor protagonista de la defensa de los derechos sociales, garantizando la protección de los más desfavorecidos, que es un principio básico y democrático de lo que se conoce como soberanía popular.

⁷ Puede consultarse en: Instituciones Políticas y Constitución del Ecuador, ILDIS, 1987, Quito, pág. 133 y siguientes. (Cap. VIII.- El constitucionalismo ecuatoriano y su evolución); también, Lecciones de Derecho Constitucional , op. Cit. Pág. 61 y siguientes.

Los Principios o criterios constitucionales que afectan el derecho administrativo y constituyen la base de esta rama del derecho, que se aplican a las administraciones tenemos:

Uno de los principios más importantes en el Derecho Constitucional es el principio de *Legalidad Administrativa*, la administración pública no podría actuar por autoridad propia, sino por la ejecución estricta del contenido de la ley. Esto obedece a la interpretación tácita del principio de la separación de poderes originado ya desde la revolución francesa conforme hemos señalado anteriormente; la ejecución de este poco a poco llegó a ser interpretada como una función realizada de fines públicos en virtud de la autonomía subjetiva de la administración, por lo tanto, solo puede hacerse o dejar de hacer lo que el mandato legal lo permita o mande, evitando el libre albedrío. Este principio viene a ser una protección legal previa de toda la potestad administrativa, siendo una doctrina de vinculación estrictamente positiva.

El principio de legalidad fue ya reconocida intrínsecamente en nuestra constitución del 1998 en el artículo 119, en el que textualmente decía:

"Las instituciones del Estado sus organismos y dependencias de los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, y tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común.."

Es decir, que a este organismo denominado Administración Pública deberá actuar de manera tal que, reconociendo el Estado de Derecho y el principio de legalidad, expande su horizonte de constitucional de la Administración Pública a través de la aplicación y desarrollo del derecho administrativo y específicamente, de la actividad administrativa.

Como lo señala el doctor Decio Carlos Ulla: *"El principio de legalidad constituye uno de los principios rectores de la Administración y está ampliamente ligado a principio del Estado de Derecho. Es decir, el estado sometido al ordenamiento jurídico y además la Administración Pública sometida en sus actuaciones, a la norma positiva"*

que tipifica previamente su actuación, determinada en los límites contenidos en la de dicha actuación".⁸

Entre otros principios del Derecho Administrativo tenemos la Responsabilidad del Estado, que no viene a ser otra cosa que el concepto de la responsabilidad extra - contractual subjetiva del Estado, que haciendo una breve puntualización en lo que tiene que ver sobre el régimen de responsabilidad extracontractual objetiva del Estado, hoy por hoy, podemos afirmar que no existe un real reconocimiento de la responsabilidad estatal, y falta mucho desarrollo en este tema debido al desconocimiento de los agentes de gobierno y los órganos de la administración pública o judicial, para poder determinar los métodos efectivos para la protección de los particulares cuando exista visiblemente una responsabilidad del Estado, si bien su regulación es escueta aún el camino está trazado para una verdadera protección de los derechos particulares en cuanto a este tema.

El principio del debido proceso, que no es otra cosa que el conjunto de pasos y procesos mediante el cual se garantiza que la actuación de la administración pública está enmarcada en la legalidad y los principios antes señalados y este a su vez es necesario recalcar que engloban los principios tanto de tipicidad y de la actuación administrativa; el derecho de petición, la motivación de los actos administrativos; que de una u otra manera fueron desarrollados de una manera muy precisa por nuestra Constitución de 1998, donde se dio un mayor énfasis a este tema, incluyéndose el de la actuación administrativa, en su antiguo artículo 23 establecía con claridad tanto las garantías básicas del ciudadano por ejemplo el derecho al debido proceso, el derecho de petición en materia administrativa; y en este sentido, es la puerta constitucional mediante la cual se aplica el conocido silencio administrativo que hoy por hoy está regulado en varias leyes como seguiremos analizando a lo largo de este análisis.

Como otro de los principios tenemos al de Reserva de Ley, que proviene del resultado de la ley formal emanada del Poder Legislativo y por el procedimiento previsto en la Constitución para la emisión de las leyes, mediante las cuales se restringe los derechos y libertades fundamentales dentro de las constituciones, en tal

⁸ ULLA F., Decio Carlos, EL Principio de Legalidad en el Ejercicio de la Función Administrativa, Derecho Constitucional y Administrativo, Ed. Juris, Buenos Aires, Argentina 1999, Tomo 1, págs. 107-109

sentido se reitera que los derechos y las libertades fundamentales sólo pueden ser reguladas por una ley en sentido formal y material, no por reglamentos y actos normativos de un rango inferior.

Por lo tanto, debemos entender que el principio de ley o reserva legal es el conjunto de todas estas materias que de manera exclusiva en la Constitución, incluyen facultades entregadas al legislador, donde claramente se excluyen de su ámbito de intervención la de los otros poderes del estado; la misma reserva determinadas materias para ser reguladas, de una manera más o menos completa por la ley. Se trata de una especie de garantía constitucional prevista, destinada a asegurar que determinada materia especiales sean reguladas por la función legislativa. Por otro lado, la intensidad de la reserva depende de si la intervención de la ley debe ser más o menos exclusiva, dejando un ámbito mayor o menor a la presencia subordinada del reglamento.

Por último considero y no como de los principios menos importantes, a la de revisión jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública, como una garantía constitucional que proviene de la Carta Magna que consagra como derecho y obligación de carácter general la impugnabilidad de los actos administrativos ante la función jurisdiccional. Esta ratificación del sometimiento del Estado al Derecho, es una característica muy importante del Estado moderno, que llevan ligados el principio de legalidad y el de responsabilidad estatal. La revisión Judicial de los actos administrativos es una forma efectiva como medio para hacer ejercer sus derechos frente al Estado.

1.3 Fuentes del derecho administrativo

Cuando nos referimos a las fuentes del derecho administrativo, ya se ha mencionado que la principal de todas es la norma jurídica la cual se estructura o se identifica a través de los cuerpos jurídicos debidamente identificados, especializados y sobre todo con una lógica jerárquica de imperio o de rigor de una frente a otra. Por otro lado es importante recalcar que la jerarquía de la norma constituye una garantía de la seguridad jurídica de modo que aquellas que tengan una superioridad de rigor

puedan interponerse sobre otras subordinadas para que no exista conflicto entre las mismas.

En el derecho objetivo esta estructura tiene una forma piramidal como bien es conocida y tiene como comienzo los principios generales del derecho y avanzan hacia sus bases pasando por una serie normativas de distinta modulación, hasta las más ligeras actividades normativas de carácter general con efecto erga omnes que se encuentra dentro de la vida jurídica de los estados, en razón de esto se menciona el concepto más desarrollado del tema que es la pirámide de Kelseniana, es una de los primeros métodos jurídicos mediante el cual se representa gráficamente la idea del sistema jurídico y la jerarquía de la norma, este jurista austriaco propuso esta teoría allá en el año 1934, con un sistema de ordenamiento jurídico jerárquicamente ordenado con el fin de demostrar que el sistema jurídico de los países se encuentra constituido por normas jerárquicamente superpuestas, las cuales vienen a formar parte de las fuentes positivas de cada Estado.

Las fuentes en el derecho administrativo son los *"hechos sociales de los cuales se refleja un determinado criterio para la solución de los conflictos de intereses"*⁹, consisten en ciertos principios básicos y activos, doctrinarios los cuales emergen de las normas jurídicas y se clasifican en dos: fuentes positivas y fuentes racionales.

Dentro de las fuentes positivas o principales, podemos decir de manera general que son todas aquellas determinadas por disposiciones escritas cuya esencia es crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas dentro del orden administrativo y en general son:

1. La Constitución
2. La Ley
3. El Reglamento
4. Los Estatutos
5. Las Ordenanzas
6. Los Decretos
7. Los Acuerdos

⁹ Véase la página web <http://inesguerrero.wordpress.com/fuentes-del-derecho-administrativo/> consultada el 01 de abril del 2014

8. Las Resoluciones Administrativas
9. Las Instrucciones y Circulares

Dentro de las fuentes racionales o secundarias, en donde radian ciertos antecedentes lógicos y necesarios que sirven para completar el conocimiento y desarrollo de las fuentes formales o positivas tenemos:

1. La Jurisprudencia
2. La doctrina
3. La Costumbre
4. Los Principios Generales del Derecho

"Otras fuentes del derecho administrativo constituyen las normas legales que le siguen en orden jerárquico a la Constitución, es decir las que regulan la organización y funcionamiento de las instituciones creadas por la misma, el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales y la organización y competencias de los gobiernos autónomos descentralizados, estas pueden ser orgánicas y ordinarias".¹⁰

Como anteriormente hemos numerado las fuentes positivas del derecho administrativo constituyen el ordenamiento jurídico vigente, establecido por los poderes del Estado y de acuerdo a la jerarquía de la norma, así lo señala el artículo 424 de nuestra Constitución vigente: *"La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público".*

Y el artículo 425 que dice: *"El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:*

¹⁰ PEREZ, Efraín (2009), Derecho Administrativo, Tomo I: Quito Ecuador. pág 85.

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados".

Ahora bien, veamos cada uno de los que conforman las fuentes formales o positivas del Derecho Administrativo:

La Constitución, viene a ser la norma suprema dentro de un estado, encabeza la pirámide del derecho positivo y prevalece sobre cualquier norma legal de menor jerarquía, una Constitución es la máxima ley que rige sobre la administración del Estado ecuatoriano y es aquella que traza las principales directrices generales sobre la organización y funcionamiento del Estado, señala los principales órganos, funcionarios y agentes de la Administración, fija sus atribuciones y limita el campo de acción determinados por los organismos de control de los recursos públicos y establece la administración seccional entre otras funciones.

Hay que entender que la Constitución por lo tanto no es una ley, pues tiene un mayor imperio jurídico y es el cuerpo normativo mediante el cual podríamos decir que se organiza una nación, en el que se plasma el pensamiento que sobre las más diversas situaciones humanas que tiene la sociedad, es donde se crean los órganos y se le dota de atribuciones específicas para poder cumplir con el fin estatal, aquí se crea tanto la ideología del Estado, el concepto de la vida y la sociedad, los objetivos nacionales del país en donde para su consecución necesariamente necesita de la participación activa de tanto pública como de los particulares.

La Constitución es "el conjunto sistemático de normas jurídicas fundamentales que rigen la organización y funcionamiento de un Estado y que señalan los derechos y garantías de sus miembros" (Rodrigo Borja). También ha sido contemplada desde otros ángulos: como "La suma de los factores reales de poder de una comunidad;

como las decisiones jurídico-políticas fundamentales; como el encuadramiento jurídico de los fenómenos políticos y como el conjunto de instituciones a través de las cuales los hombres organizan políticamente su existencia".¹¹

En nuestra constitución de 2008 se experimentan verdaderos cambios relacionados a la normativa del derecho administrativo, puesto que de esta se derivan por ejemplo la regularización de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, con el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, la distribución presupuestaria y planificación financiera está en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, mientras que hay otras leyes de igual jerarquía como la Ley Orgánica de Servicio Público, que regula la administración de los servidores y funcionarios del sector público, entre un sin número de normativas que se ha desarrollado y que regulan la administración pública del Ecuador, donde su principal fuente es la Constitución.

La ley es otra fuente del derecho administrativo, son todo el conjunto de normas jurídicas subordinadas a la Constitución Política, dictadas por el Legislativo y que están encargadas de la creación, organización, funcionamiento, supresión y control de los servicios públicos, con el régimen de personal o recursos humanos, con el régimen administrativo, con la competencia, la responsabilidad, remuneraciones, bienes y control jurídico de la administración, como lo señala nuestro artículo 1 del Código Civil ecuatoriano: "*es una declaración de la voluntad soberana que manifestada en la forma prescrita manda, prohíbe o permite*". Por lo que de acuerdo con esta definición general las leyes administrativas son: Impositivas, prohibitivas y permisivas.

La ley no es otra cosa, que un precepto jurídico de carácter obligatorio, permanente y general, expedido por el Estado que ordena o prohíbe algo en miras de crear situaciones justas, investidas de moral y la razón, con el propósito de lograr el bien común; por lo tanto podríamos decir que su fuerza es soberana puesto que como se menciona doctrinariamente nace de la colectividad y se dirige a ella.

¹¹ Rodrigo Borja, *Enciclopedia de la política*, FCE, México, 1997. Consultado de la web http://www.elclarin.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=18416&Itemid=48 el 07 de abril del 2014

Llamamos leyes impositivas, a aquellas que el Estado impone al ciudadano ecuatoriano para ser obedecidas de manera obligatoria. Las leyes prohibitivas son aquellas que por su parte prohíben la ejecución de ciertos actos, que atentan contra el orden público, la moral, la ética o las buenas costumbres. Y por último las permisivas que son aquellas que conceden las facultades al administrado para efectuar ciertos actos.

Dentro de las fuentes también encontramos los Decretos, los cuales no son otra cosa que actos administrativos reservados para la función ejecutiva administrativa de un Estado, relacionados con distintas disciplinas del derecho, tiene un contenido normativo de tipo reglamentario, sobre la materia de su competencia. Es plasmado mediante un acto administrativo llevado a cabo por el Poder Ejecutivo y existen Decretos ley de necesidad y urgencia, que tienen carácter de ley sin necesidad de ser aprobados por el Poder Legislativo. Una vez promulgados, de todas formas, el Congreso puede analizarlos y decidir si se mantienen o no su vigencia. Estos Decretos Ley permiten que un gobierno pueda tomar decisiones urgentes, mediante un procedimiento rápido.

Los Decretos, son la forma de expresión jurídica de la autoridad pública, representada por el Ejecutivo, que tiene por fin regular situaciones jurídicas concretas dentro de las competencias presidenciales, como nombrar a lo que son Ministros de Estado, Diplomáticos entre otros. Existen varios tipos de Decretos entre estos tenemos:

Decretos Reglamentarios, los que sirven para dar vigencia a las normas jurídicas generales, o para la aplicación de leyes y reglamentos, normas reglamentarias.

Decretos Promulgatorios, mediante los cuales se promulga los diarios oficiales de leyes que han sido aprobadas por el ministerio de la ley o tuvieron un veto del ejecutivo, o cuando no se haya sancionado por el ejecutivo por mandato constitucional.

Decretos Administrativos, mediante los cuales el Presidente de la República ejerce su actividad administrativa y expide los nombramientos de los funcionarios cuya

actividad nominadora le corresponde, para la designación de las altas autoridades que forman parte del gabinete ministerial o gubernamental.

Decretos Políticos, mediante los cuales el Presidente de la República fija los lineamientos y expresa su voluntad de fijación de las políticas públicas, económicas, sociales, administrativas, puesto que de ellas se deriva los objetivos nacionales del Estado.

Las Ordenanzas, es el conjunto de preceptos jurídicos o disposiciones que emanan de ciertas entidades locales, son de carácter general y obligatorias para una pequeña circunscripción territorial o dentro de la correspondiente entidad que haya sido expedida, es un acto previsto en la Constitución que le da a las municipalidades, con el fin de que puedan organizar la prestación de los servicios en una determinada territorialidad y jurisdicción municipal; por lo tanto y de manera general son los cuerpos jurídicos normativos por los cuales los gobiernos seccionales ejercen sus atribuciones municipales o provinciales, son normativas de carácter seccional con fuerza de ley, que rige para los Municipios y Consejos Provinciales, con el fin de organizar o recaudar contribuciones para el desarrollo de la circunscripción territorial.

Estos están dotados de autonomía y capacidad de normarse a sí mismos, por lo tanto la ordenanza es la mayor expresión de auto organizarse y cumplir con la aplicación en sus circunscripciones territoriales geográficas y estas de ninguna manera pueden contravenir el mandato constitucional mediante el cual se le entregan las autonomías. En nuestro país se encuentra un poco restringida esta capacidad que tienen los gobiernos autónomos descentralizados debido a la ley y la normativa secundaria restringen de buena manera el accionar de estos entes sociales.

El Reglamento, por otro lado son un conjunto de normas y disposiciones destinadas a regular y ejecutar el cumplimiento de la ley, estas normas también son dictadas por el ejecutivo, quienes conjuntamente con otras entidades con personalidad jurídica se manifiestan jurídicamente a través de actos administrativos que se dictan en aras de satisfacer los intereses colectivos, entre los tipos de reglamento tenemos:

Reglamentos de ejecución, que son aquellos dictados por el ejecutivo y sirven para normar aspectos específicos de una ley.

Reglamentos autónomos, que son aquellos que a pesar de ser dictados por el ejecutivo no dependen de otras leyes, regulan el servicio administrativo.

Reglamentos delegados o de integración, son aquellos que simplemente existe un poder normativo conferido singularmente para el caso concreto por el órgano legislativo a favor del órgano ejecutivo, es decir le otorga la potestad de expedir una normativa generalmente obligatoria con carácter de ley.

Reglamentos de necesidad y urgencia, estas son leyes bajo la denominación de "decretos leyes de emergencia en el orden económico", se utilizan para el caso de disolución de la Asamblea Nacional, en donde el Ejecutivo tiene la potestad de emitir estos reglamentos, previo un dictamen favorable de la Corte Constitucional.¹²

Los Acuerdos, por lo general son actos administrativos emanados del Presidente de la República y por Delegación dictados por los diferentes Ministros de Estado, que tienen carácter específico según la materia sobre la cual ha sido delegada.

Por último las Resoluciones Administrativas, son actos administrativos que adoptan los funcionarios en uso de sus facultades y potestades jerárquicas sobre algún problema administrativo, técnico, burocrático de carácter general, obligatorio interno y permanente sin apartarse del marco reglamentario establecido para el efecto, estas resoluciones se dictan con el fin de cumplir las funciones que la ley encomienda a cada servicio público. Son las decisiones finales que las autoridades públicas adoptan dentro de los procesos administrativos sometidos a su conocimiento y decisión, provienen del ejercicio de las capacidades jurídicas entregadas al órgano administrativo y son una manifestación de la voluntad y por ello son unilaterales.

En cuanto a su ámbito material, la resolución puede tener un alcance nacional o local cuando se trata de servicios descentralizados, por lo tanto las resoluciones tienen un enorme impacto en la actividad económica y social, pues tienen un grado

¹² PÉREZ, Efraín. Derecho Administrativo. Tomo I. Quito Ecuador. (2009). Páginas de 98-116

de flexibilidad, oportunidad e información que la ley no puede tener y en este sentido la complementa.

Por otra parte dentro de las fuentes racionales o secundarias, que no son otra cosa que los pronunciamientos razonados, no incorporados a la legislación ecuatoriana, que carecen de valor obligatorio, pero influyen en el régimen jurídico de la administración está:

La Jurisprudencia, es la doctrina generada por los órganos judiciales del Estado mediante una resolución o sentencia, esto significa que para conocer el contenido completo de las normas vigentes, hay que tomar en consideración como han sido aplicadas en el pasado, en otras palabras se entiende por jurisprudencia al conjunto de sentencias que han resuelto casos fundamentándose en ellas mismas; que no es otra cosa que el modo de interpretación de las leyes por los Tribunales, son los fallos emitidos por estos, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ser firmes, uniformes, ejecutoriados y reiterados, estos pueden ser de órganos jerárquicos de último nivel Constitucional y sus interpretaciones reiterativas corresponden a tres fallos sobre el mismo asunto que crean obligatoriedad las mismas deben tener uniformidad en sus juicios para poder ser acatadas por los jueces inferiores.

La Doctrina, se entiende al conjunto de derechos, teorías, investigaciones que han sido realizadas por los expertos en las ciencias jurídicas, no tienen fuerza obligatoria y no están reconocidas como fuente formal del derecho, tiene que ver con la opinión de los juristas y administradores versados sobre los problemas de la administración. Es decir, es un medio auxiliar para la comprensión y aplicación de normas del derecho. Su influencia es persuasiva ya que el administrador de justicia a más de la ley se inspira en los Tratados, Convenios internacionales, doctrinas y doctrinas teóricas de juristas y administradores probos que le ayudan a formar mejor la decisión que se va a tomar sobre el caso concreto.

La Costumbre, es una fuente del derecho administrativo, entendida como los precedentes que conducen al legislador, a reglamentar formalmente un servicio o una institución, viene a ser un suplemento jurídico en los casos falta de ley expresa o de oscuridad en la misma, por lo general cuando se produce cuando hay un vacío en la normativa. Se lo conoce como una forma inicial del derecho consuetudinario que

consiste en la repetición constante de un acto que con el paso del tiempo se vuelve obligatoria y por necesidad, consentimiento colectivo y apoyo del poder político llega convertirse en ley; es un fuente de valor secundario y limitado en derecho administrativo, muchos autores dudan hasta de su existencia jurídica, ya que no está desarrollada como derecho positivo razón por la cual solo se admitirá la costumbre como *secundum legem*.

Una característica de la Costumbre es la obligatoriedad, que es un requisito ineludible de la norma consuetudinaria, con esto se quiere decir que se practica en el convencimiento de que es una norma vinculante, de que es derecho y debe ser cumplida, conforme lo señala Jorge Machicado existen dos clases de costumbre las mismas que no pueden crear derechos, sino solo cuando las leyes se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente. "*Es decir admite la costumbre sin ley o según la ley pero no contra la ley*":¹³

- "*Costumbre secundum legem (costumbre según ley)*. Aquella que sigue de conformidad con la ley, interpretando ésta de un modo concreto. Se trata de una costumbre interpretativa que, sin ser criticable, no vincula necesariamente a los tribunales;
- Costumbre *praeter legem* o *extra legem* (costumbre sin ley). Válida por completo, regula situaciones o asuntos no contemplados por la ley, que en determinados supuestos remite de forma expresa a la costumbre para reglar una materia concreta.
- Costumbre contraria a la ley o *contra legem (costumbre contra ley)*. Ha de ser rechazada su aplicación, porque va contra la ley"¹⁴.

En todo caso y para que la costumbre pueda ser aplicada, es necesario que resulte probada su existencia de acuerdo con el requisito que permiten considerarla como tal.

Los Principios Generales del Derecho, son los enunciados normativos más generales que, a pesar de no haber sido integrados formalmente en el ordenamiento

¹³ MACHICADO, Jorge., "Que es la costumbre", 2010,
<http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/08/costumbre.html> consultado el miércoles 02 de abril del 2014

¹⁴ *Ibidem* Machicado.

jurídico, se entiende que son parte de él, porque sirven de fundamento a otros enunciados normativos particulares, o bien recogen de manera abstracta el contenido de un grupo de ellos. Tienen una gran importancia en el derecho administrativo, en donde además de que el legislador poco a poco las ha ido incorporando como normas positivas.

Estos principios generalmente son utilizados por los jueces, los legisladores, los creadores de doctrina y los juristas en general, sea para integrar los derechos legales o para interpretar normas jurídicas cuya aplicación suele resultar dudosa. Existen varias teorías que acerca de que si estas se han desarrollado como parte del derecho positivo o este es una parte de él, puesto que el hombre desarrolla combina criterios enunciando un comportamiento entendido para el desarrollo de su inteligencia y como constante innovador y creador de Derecho.

CAPITULO II
EL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU TERMINACIÓN

2.1. El acto administrativo

Los actos administrativos son una declaración unilateral de la voluntad de la Administración Pública, en el ejercicio de las facultades que son conferidas por los ordenamientos jurídicos, que tienen por objeto crear o extinguir una situación jurídica concreta, cuya finalidad sea la de satisfacer el interés general.

Roberto Dromi lo define "*El acto administrativo es una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas al par que aplicar el derecho al hecho controvertido*".¹⁵

Es decir la administración tiene que manifestarse jurídicamente, pues debe exteriorizar su voluntad y su decisión sobre los casos que conoce, según las competencias que se le han sido otorgadas, por lo tanto crea extingue o modifica derechos subjetivos de los administrados de modo inmediato y directo. Por lo que según lo que señala Emilio Fernández: "*El acto Administrativo constituye una manifestación de la actividad administrativa; un medio de que vale la Administración para expresar su voluntad*".¹⁶

Esta declaración de la voluntad siempre creará efectos jurídicos directos e inmediatos en terceros y se dice que inmediatos puesto que al tiempo de ser expedidos su creación, extinción o modificación del derecho subjetivo del administrado es evidente y puede ser ejecutada, ya que directamente atañe con la decisión de la situación jurídica concreta a las situaciones jurídicas determinadas.

El autor Agustín Gordillo lo define de una manera muy simple que el acto administrativo es una "*declaración de la voluntad realzada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata*",¹⁷ de lo que se colige que esta declaración que la hace la autoridad administrativa en

¹⁵ DROMI, Roberto; Derecho Administrativo; 4ta Edición , Ediciones Ciudad Argentina; Buenos Aires -Argentina, 2006; página 203

¹⁶ FERNÁNDEZ VÁZQUEZ Emilio, Diccionario de Derecho Público; Editorial. Astreas; Buenos Aires Argentina. 1981

¹⁷ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, (cuarto tomo). Editorial Porrúa, México 2004.

ejercicio pleno de sus funciones tiene por fin ser generador de efectos jurídicos que afectan por lo general al particular y por lo tanto deben estar investidos de toda protección y de legalidad.

Los actos administrativos pueden extinguirse por causas naturales y causas provocadas. Por causas naturales entenderíamos aquellos actos que producen la ineficacia del acto, sin mediar la intervención de la autoridad, por otra parte los provocados serían cuando la extinción del acto sea por circunstancias que impactan su existencia y por lo tanto se extingue, entonces cuando hablamos de la causa ajena a la voluntad administrativa, se entiende que puede ser por decaimiento debido a que es la extinción provocada de un acto por causa material o jurídica sobreviniente.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ERJAFE en su artículo 65 señala: *"Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales y de forma directa"*. Según lo señala el artículo 66 del mismo cuerpo legal, dice *"los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos vías de hecho"*.

Según lo señala Hugo Olguín *"el acto administrativo es una decisión o declaración que emana de los órganos administrativos formulada en el ejercicio de una potestad administrativa. Dicho acto se traduce en una declaración de la voluntad, de conocimiento o de razonamiento"*¹⁸, que concuerda con él con lo señalado por Pantoja Bauzá, en sentido de estimar que el acto administrativo en su aspecto estático es *"una declaración de voluntad orgánica administrativa formulada en el ejercicio de una potestad administrativa"*, y en su aspecto dinámico, se traduce en una declaración de voluntad, de conocimiento, juicio o razonamiento formulada por un administrador en ejercicio de una potestad administrativa¹⁹.

¹⁸ OLGUÍN JUÁREZ Hugo Augusto, Extinción de los Actos Administrativos Revocación, Invaldación y Decaimiento, Editorial Jurídica Chile, Ahumada 131, Santiago de Chile.

¹⁹ PANTOJA BAUZÁ, Rolando E. Concepto de Acto Administrativo. Memoria de Licenciado, inédita, pág. 129

Si lo vemos desde un punto de vista material es toda manifestación de la voluntad de un órgano del Estado, tanto sea administrativo, legislativo o judicial, siempre y cuando su contenido sea administrativo.

Para Fernández de Velasco el acto administrativo es *"toda declaración unilateral y ejecutiva en virtud de la cual la administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir una situación jurídica subjetiva. Esta definición es la que más se ajusta a la caracterización del acto administrativo como una especie del acto jurídico"*.²⁰

Gustavo Bacacorzo: *"Es la decisión de una autoridad en ejercicio de sus propias funciones, sobre derechos, deberes e intereses de las entidades administrativas y/o de los administrados respecto de ellos"*²¹.

Roberto Dromi señala que: *"(...)entendemos el acto administrativo como manifestación específica de voluntad, conocimiento, juicio u opinión de los órganos estatales realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos individuales inmediatos de relevancia jurídica"*.

Pedro Patrón Faura dice que el acto administrativo: *"Es toda manifestación de la voluntad o decisión, general o especial, de una entidad estatal, de un funcionario o autoridad competente, en ejercicio de sus funciones, que producen efectos de derecho respecto al Estado o a particulares en el ámbito de su autoridad y responsabilidad, susceptibles de impugnación administrativa o judicial según sea el caso"*.²²

Clotario Salinas señala que otros autores coinciden absolutamente con estos conceptos, como Mario Chichero, cuya definición es tomada por Hernán Jaramillo Ordóñez en su obra Manual de Derecho Administrativo, donde precisa que: *"Los actos administrativos tienen lugar cuando la administración pública en ejercicio de sus funciones específicas decide, mediante resoluciones de carácter general o particular, sobre algún derecho o interés. El acto administrativo es, pues, un acto*

²⁰ SERRA Rojas Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Olimpo, México; 1959 página 265 a 307

²¹ Ibídem citado por OLGUÍN JUÁREZ.

²² OLIVERA Toro Jorge, Manual de Derecho Administrativo, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1988 páginas 143, 153, 177, 219, 203.

*jurídico ya que se relaciona con la finalidad de que produzca efectos de naturaleza (jurídicos)."(sic)*²³

El acto administrativo supone el ejercicio de una actividad concreta y se refiere a casos definidos; de ahí que todo acto que tenga carácter general o abstracto no será un acto administrativo, pero podrá ser un acto de la administración. Tampoco serán actos administrativos los que resulten de la actividad interna de la administración, ni aquellos emitidos por los órganos consultivos, que son aquellos actos que no producen efectos jurídicos hacia terceros y, en general, hacia los organismos de la administración. Dicho de otra manera el órgano de la administración activa, en ocasiones puede oír el parecer de un órgano consultivo y en otras obligatoriamente debe requerirlo, pero siempre es responsable por su resolución, por lo que conserva la libertad de seguir o apartarse del informe emitido.

2.2. Noción y elementos del acto administrativo: competencia, motivación, causa y fin

El acto administrativo, es una manifestación de la voluntad de un órgano estatal, emitido en ejercicio de la función administrativa y que produce efectos jurídicos, debe reunir determinados requisitos que la doctrina, generalmente designa como elementos de la existencia y validez del acto mismo.

Según Agustí Gordillo señala que el acto administrativo es: "*la declaración unilateral de la voluntad realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de forma inmediata*", así mismo señala que el acto administrativo tiene varios elementos que lo identifican como son: La Declaración; La Voluntad; La Unilateralidad; El Ejercicio Administrativo; y, Los Efectos Jurídicos Inmediatos y Directos.²⁴

²³ Véase SALINAS MONTAÑO, Clotario. Nulidad del Acto Administrativo. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2012/05/23/nulidad-del-acto-administrativo>. Consultado el 05 de mayo del 2014

²⁴ GORDILLO AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo, (cuarto tomo). Editorial Porrúa, México 2004. Cit. Ant.

Para Manuel María Diez, los elementos esenciales del acto administrativo son: la Manifestación de la Voluntad; el Órgano Competente o Competencia; el Objeto o Causa; la Forma; y, el Contenido²⁵.

Según Gabino Fraga, *"la distribución se realiza desde tres puntos de vista: objetivo (cada órgano encomendado una serie de funciones que desarrollar), funcional (se refiere a la competencia jerárquica), territorial (es un segmento territorial en donde el órgano ejerce sus facultades). Eventualmente puede considerarse la competencia en razón del tiempo, cuando un órgano tiene facultades concedidas en un lapso específico, por lo que los elementos son: la Voluntad y el Objeto."*²⁶

Para el autor Manuel Bejarano, entre los elementos que debe contener un acto administrativo *"el objeto deber ser cierto y física y jurídicamente posible, debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte los derechos adquiridos. Interpretado estas normas podemos decir que el objeto debe ser: Lícito; Cierto; Posible; Determinado; y debe existir Voluntad"*.²⁷

Elementos del Acto Administrativo

Existe una gran discrepancia entre diferentes autores sobre cuáles son los elementos de todo acto administrativo, pero la mayoría de estos concuerda en que básicamente existen elementos subjetivos, elementos objetivos y formales.

Dentro de los elementos subjetivos apreciamos la existencia de un sujeto productor del acto, de un sujeto que debe ser la Administración, este órgano debe ser capaz de producir el acto para evitar la falta de competencia en la emisión del mismo con esto que el acto pueda ser anulable por incompetencia en razón del territorio o atribuciones concedidas. Ahora bien hay que tener en cuenta que estas competencias y atribuciones son delegadas a servidores, personas físicas encargadas de legitimar estos actos a su cargo, para lo cual la mayoría de leyes occidentales contienen en sus legislaciones mecanismos de prevención para cuando

²⁵ DIEZ Manuel María, Derecho Administrativo I, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires 1963

²⁶ FRAGA, Gabino; Derecho Administrativo; Tercera Edición; Porrúa, México; 1969.

²⁷ BEJARANO, Manuel, Teoría de las Obligaciones; Editorial Harla, 1996

estas autoridades o funcionarios tengan un interés personal en el asunto, ya sea por un grado de parentesco con la persona implicada, relaciones de estrecha amistad o enemistad con los implicados, cuando estos hayan actuado como peritos o testigos en el caso relacionado para esto se aplican la abstención, la inhibición, o la recusación.

Por otro lado, los elementos objetivos del acto, vienen a formar parte sustancial del acto mismo que se declara, y el mismo deberá ajustarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y adecuarse al fin mismo del acto para lo cual el contenido del acto puede ser: esencial, natural, accidental.

Por otro lado, son las circunstancias o presupuestos del hecho, que no viene a ser otra cosa que las exteriorizaciones que justifican y determina la producción del acto, sus defectos, alcance y sentido. También dentro de los elementos objetivos encontramos a la causa de los actos administrativos, es decir su justificación o el porqué del acto; y, el fin del acto administrativo viene a ser el "para qué" del acto administrativo, la aplicación es decir cuál es el fin de tomar una resolución específica sobre una conducta ilegítima o un acto productor de la decisión de la administración.

Los elementos formales, son los que verdaderamente trascienden a la forma de sintetización de la voluntad, por lo tanto cuando exista un evidente defecto de forma solo determinara la anulabilidad del mismo, cuando el acto carezca de estos requisitos formales e indispensables para alcanzar su fin o cuando se dé lugar a la indefensión de los interesados; este defecto de forma supone la omisión total del procedimiento, la sanción del mismo es de nulidad del acto. Entre las formalidades sucesivas con las que debe cumplir un acto administrativo están, si es un órgano unipersonal, supone la formación de un criterio en base a todos los elementos que han venido acumulándose a través del proceso que cristaliza en el pronunciamiento de un acto; si por otro lado el que emite el acto es un órgano colegiado, integrado por varias personas estas deben fusionar las voluntades de los participantes en un solo acto. Entre los elementos formales por lo tanto tenemos:

La Declaración, que no es otra cosa que la decisión a la que ha llegado y para lo cual necesariamente debe exteriorizarse y hacerse conocer a los interesados y se subdividen en dos:

Actos expresos, que son aquellos cuya declaración adoptada consecuentemente deberá ser expresamente manifestada.

Actos presuntos, aquellos materializados en los efectos que otorgan al silencio administrativo, es decir si bien al administración no se pronuncia el mismo hecho de su pasividad deduce determinadas consecuencias.

Actos tácitos, es donde la Administración adopta una conducta determinada no dirigida a la producción de un acto pero se deduce lo que se ha querido adoptar por parte de la autoridad.

La Notificación, esto tiene que ver con que no basta que la administración refleje la voluntad o deseo mediante la emisión o exteriorización de la voluntad mediante el acto, es necesario que llegue a los particulares afectados para que produzca sus efectos cuando el acto se ha producido, ya que al particular al que no se le ha notificado el acto, o no se entera fehacientemente de él, no está obligado acatar su contenido, puesto que esto le afecta directamente a sus derechos e intereses.

La comunicación de los actos administrativos a los interesados se realiza por medio de las notificaciones que no son otra cosa que la comunicación o publicación dirigida a una persona determinada o un colectivo. La eficacia del acto administrativo queda demostrada al momento de la notificación del acto, la notificación es una condición sine qua non para proceder a la ejecución de un acto administrativo. La notificación es la técnica más solemne y formalizada de la comunicación porque incluye la actuación mediante la cual ciertos funcionarios atestiguan haber entregado a una persona la copia escrita de un acto. Este es uno de los pasos más importantes para la ejecución de los actos debido a que las resoluciones o actos que se notifican tienen implicaciones directas ya que afectan los intereses de los administrados.

El contenido mínimo que una notificación debe contener se establece de acuerdo a cada legislación, por lo que si faltare alguno de ellos, será una notificación defectuosa, por lo cual el acto carecerá de eficacia. Sin embargo son defectos convalidables ya que las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los requisitos surtirán efecto a partir de la fecha en que el

interesado realice sus actuaciones que supongan el conocimiento del contenido y el alcance de la resolución o acto objeto de la notificación, o se interponga el recurso pertinente.

El artículo 115 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva ERJAFE señala:

"Obligación de resolver.

1. La administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma (...)"

Plazo, es el tiempo durante el cual la administración tiene como tiempo límite para notificar la exteriorización de su voluntad mediante un acto, en tal razón, si dentro de este plazo determinado por la ley, caso contrario al ser extemporánea, por vencimiento del plazo generará los efectos derivados de la aplicación del silencio administrativo pudiendo invalidarse la posibilidad de otorgar eficacia a la decisión de la Administración.

Contenido, no viene a ser otra cosa que el texto íntegro a notificarse, es decir el acto en sí, definitivo o no, emitido por la administración pública, ya que si este no contiene en su íntegro sentido solo surtirá los efectos deseados por la administración cuando se haya completado el conocimiento total del contenido del acto administrativo esto puede ser con un alcance o la resolución final del acto.

Medio, el medio para la notificación del acto está previsto por la misma ley y consiste en los medios previstos en la norma que permitan tener la constancia de recepción del interesado o su representante, así como la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

Lugar, la misma ley prevé la manera de señalar domicilio o deducirlo por sí mismo para realizar las notificaciones del acto, es el lugar físico señalado o determinado en donde el particular recibirá la notificación del acto emanado de la autoridad administrativa.

Entonces como se puede observar por un lado que los elementos subjetivos del acto administrativo expedido por la administración investida de competencia y legalidad, y por otro lado como elementos objetivos tenemos el supuesto o hecho, fin o causa que motivo la declaración que contiene el acto administrativo; y, como un tercer término tenemos a los elementos formales que son todos esos procedimientos y elaboración de la manifestación de los actos administrativos.

Centrándonos en los elementos del acto administrativo de forma general podríamos decir que son:

- Declaración
- Voluntad
- Unilateralidad
- Ejercicio Administrativo
- Efectos Jurídicos Inmediatos y Directos

La Declaración es la manifestación expresa de la decisión administrativa, por medio de la cual se plasma la opinión y decisión que ha tomado la administración pública, es decir es la declaración formalizada por escrito de la decisión administrativa, sin dejar de lado que existen disposiciones verbales como las de un jerárquico a sus subalternos, por lo que podríamos resumir que la declaración es la exteriorización de la voluntad de la administración acerca de una decisión administrativa que ha tomado la autoridad administrativa.

La Voluntad de la administración viene a ser la capacidad legal que tiene la administración pública para decidir sobre los temas de su competencia, es el ánimo administrativo para hacer algo en función y sujeto a ley y el bien común. La voluntad tiene dos elementos constitutivos a su vez uno subjetivo que no es otra cosa que el ánimo, comprensión o parecer que tiene la persona física de la administración pública para tomar una resolución; y, por otro lado está el objetivo que es la identificación de los antecedentes fácticos y jurídicos que obran del proceso, que deben ser tomados en cuenta en el momento de la resolución. La manifestación de la voluntad por lo tanto no es otra cosa que la declaración de la autoridad competente que tiene como base los antecedentes que la motivan, por lo tanto todo

acto administrativo sirve para llenar o satisfacer una necesidad administrativa de orden general o individual.

Según lo afirma Jaime Santofimio Gamboa (2003) *"la manifestación de voluntad debe provenir del ejercicio de la función administrativa, realizada por la administración o por quien haga sus veces. En ese sentido, la voluntad de la administración es un problema vinculado al principio de legalidad, a las normas de competencia que atribuyen específicas materias a quienes ejercen funciones administrativas"*.²⁸

Efraín Pérez señala que la voluntad administrativa: *"sería pues un conjunto de elementos subjetivos (la voluntad de los individuos que actúan) y objetivo (el proceso en que actúan y las partes intelectuales que aportan a la declaración)*".²⁹

La Unilateralidad, tiene que ver con la característica misma del acto, el sujeto activo del procedimiento tiene la capacidad decisoria, esta decisión viene a ser tomada tomando en cuenta los elementos fácticos y jurídicos pertinentes para cada caso y en función de la consecución del logro del bien común, la administración por tanto siempre tendrá sus ventajas frente a los particulares sobre todo porque la capacidad decisoria se encuentra sobre ella, la administración para resolver los asuntos que han sido puestos en su conocimiento jamás consulta el interés del administrado sino más bien el bien protegido las disposiciones legales que está dispuesto a aplicar, es decir el interés público sobre el particular.

Ejercicio Administrativo, esto quiere decir que los actos administrativos solo podrán ser expedidos por las personas naturales en ejercicio de la titularidad de su cargo público, ejerciendo las competencias y atribuciones administrativas legales señaladas e investidas por el poder del órgano público, por lo tanto las resoluciones siempre emanan de los órganos públicos en ejercicio de sus funciones administrativas.

Los Efectos Jurídicos Inmediatos y Directos, los actos administrativos por si mismos tienen la característica de ejecutorios, lo que quiere decir que estos actos tienen la

²⁸ SANTOFINO GAMBOA, Jaime, Derecho Administrativo, Tomo II, 2003, pág. 133

²⁹ Ibídem. Cit. ant. PÉREZ, Efraín. Derecho Administrativo

capacidad de hacerse cumplir de inmediato, siempre que los mismos hayan sido suscritos publicados y notificados, conforme corresponda al administrado con la resolución o acto administrativo. Es decir, los efectos jurídicos se generan al momento mismo de haberse expedido la decisión pública y notificada a quien va dirigida, por lo que efectivamente el acto administrativo puede ser ejecutado cuando cumple con el requisito de eficacia, solo ahí crea efectos jurídicos, directos e inmediatos afectando de modo inminente el derecho subjetivo del administrado, creándose una vinculación jurídica directa entre el sujeto pasivo de la administración frente a la administración de la cual emana el acto administrativo materia del mismo.

En base a estos elementos del derecho administrativo es necesario y es pertinente, para el desarrollo del mismo en el Ecuador se recurra al ERJAFE Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva con el fin de hacer la relación necesaria entre elementos objetivos y subjetivos acerca de la validez jurídica de los actos, cuya omisión acarrea la nulidad del acto; y de acuerdo a la doctrina desarrollada por Jorge Zabala Egas que es más acorde con nuestro sistema normativo pues lo divide de la siguiente manera: "*los subjetivos que serán tres: Órganos administrativos, competencia e investidura legítima del titular (persona física) del órgano; objetivo que serán objeto de análisis: presupuesto de hecho, objeto, causa, fin y formales: procedimiento y forma del acto administrativos*".³⁰

Para explicar de mejor manera lo que son los elementos subjetivos del acto administrativo y siguiendo el análisis de Jorge Zabala Egas es necesario recurrir al artículo 21 del ERJAFE el cual señala:

"De los Órganos Administrativos.- La administración pública creará los órganos administrativos necesarios para el de sus especiales finalidades, delimitando las respectivas competencias, previo dictamen favorable del Ministro de Economía y Finanzas; siempre que ello implique egresos del erario nacional".

De lo que podemos extraer con claridad es que el primer elemento subjetivo del acto administrativo es la existencia de los órganos administrativos que vienen a ser los instrumentos a través de los cuales ejerce su actividad la administración pública y de los cuyos resultados es responsabilidad imputable al Estado.

³⁰ ZABALA EGAS, Jorge; Derecho Administrativo, Tomo I, Ediciones Edino, 2005, páginas 153-197

Competencia

La competencia es el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente realizar, es el segundo elemento subjetivo del acto administrativo, se define como la medida mediante la cual la potestad con la que trabaja cada órgano de la administración, es todo aquel conjunto de atribuciones, facultades y obligaciones otorgadas a los órganos administrativos conforme lo señalada el Estatuto:

"Artículo 84 De la competencia.- La competencia administrativa es 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 ejerza en la forma prevista en este Estatuto."

Solo podrán dictar actos mediante los órganos de la administración que tengan la competencia para ello, es decir la competencia es la medida de la potestad que corresponde a cada órgano, el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejerce, en razón de la materia, territorio, grado y tiempo, nace de la ley y se deriva del principio de juridicidad o de legalidad y debe ajustarse a la norma, por lo que es irrenunciable y no queda a la voluntad del titular del órgano administrativo que lo trate.

Antes se dividía a la competencia en razón de la materia, de calidad de las personas, su capacidad y su territorio. Sin embargo la clasificación más aceptada es la considerada en cuanto al valor y la naturaleza de la causa; de aquí es necesario un poco señalar los tipos de competencia que existen, con el fin de entender más ampliamente entre estas tenemos:

- Competencia en razón del grado
- Competencia en razón de la materia
- Competencia en razón del territorio
- Competencia en razón del tiempo

Cuando hablamos de competencia en razón del grado se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro del órgano estatal, a este se lo denomina también como competencia funcional y se relaciona intrínsecamente con el nivel o jerarquía de los organismos jurisdiccionales, generalmente están consideradas gradualmente por lo que existen órganos superiores revisores donde se revisan las actuaciones del jerárquicamente del inferior.

Así como lo señala Gabino Fraga, *"La competencia por razón de grado tiene lugar separado los actos que respecto de un mismo asunto pueden realizarse por los órganos administrativos colocados en diversos niveles.*

Por lo general, esa distribución se realiza estableciendo unas relaciones de jerarquía que implica subordinación y dependencia de unos órganos y superioridad de otros.

En estos casos, el órgano inferior y el superior conocen el mismo asunto, pero la intervención del que conoce en último lugar está condicionada por la conclusión de funciones del que conoce en primer término, significando además que aquel guarda una relación de superioridad respecto de este último".³¹

Según Gordillo la competencia en razón del grado tiene que ver con *"la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la administración y, puesto que la competencia es improrrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior o viceversa".³²*

Por lo que el acto puede estar viciado de incompetencia en razón del grado en dos casos: a) cuando de manera antijurídica se le ha sido conferido una competencia determinada; y, b) cuando, siendo legítimo el otorgamiento de la competencia al órgano, éste se exceda de la misma. Cuando la competencia ha sido ilegítimamente conferida al órgano es decir en los casos de descentralización de delegación, lo que en ciertos casos pudiera viciar de antemano los actos que en su ejercicio vayan a tomarse.

³¹ FRAGA Gabino, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, Edición 46, México 2007. Página 128

³² GORDILLO , Elementos y Vicios del Acto Administrativo , Tomo 3, Capítulo 8, página 5 www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf, consultado el día 9 de abril del 2014

Por un lado hay que entender que la *"..descentralización supone el conferimiento de facultades administrativas a órganos distintos de los órganos centrales, en forma estable y general; implica una nueva repartición, permanente y definitiva, de funciones.."*³³. Según el desprendimiento de atribuciones que se produzca dentro de un mismo cuerpo administrativo, o se efectúe mediante la creación de un ente dotado de personalidad jurídica propia, es un ente separado de la administración central.

Por otro la delegación de competencias es la decisión del órgano administrativo a quien legalmente correspondería tal competencia, por la cual se trasfiere el ejercicio de todo o parte de la misma a un órgano inferior, es por tanto quien recibe la competencia delegada y quien va ejercerla, sin embargo el órgano superior puede en cualquier momento recuperar la competencia que le confirió al inferior y atribuirla a otro o ejercerla el mismo, hay que diferenciar que en la competencia descentralizada, el superior sólo tiene las facultades de supervisión de las propias del poder jerárquico o del contralor administrativo.

Por lo tanto, para que exista cierto orden, armonía y organización es necesario la existencia de jerarquías, las cuales deben estar graduadas, de forma sistemática y coordinada, en donde se pueda entender con claridad quien es el superior y quien es el inferior, puesto que cada una de las instituciones que forman parte del estado y por tanto del órgano administrativo tienen una organización de carácter vertical y por tanto ello en vinculado al mando y a la obediencia que se le debe al inmediato superior, dando lugar al engranaje político administrativo del Estado, como lo señala Dromi *"El grado es la posición o situación que ocupa el órgano dentro de la pirámide jerárquica"*.³⁴

La competencia en razón de la materia, está directamente vinculado a las actividades o tareas que desempeña el órgano, es decir, al objeto de los actos a las situaciones de hecho ante las que puede dictarlas. Pueden presentarse varias hipótesis de incompetencia en razón de la materia. Es así que existe incompetencia en cuanto la administración toma decisiones que solo podrían ser dictadas por los

³³ FRANCHINI, Flamino, La delegazione amministrativa, Milán, 1959, p.28; "Descentralización y delegación de autoridad", en Revista de Administración Pública, n 3/4, Buenos Aires, 1962, p.28.

³⁴ DROMI Roberto, Derecho Administrativo. Pág 362

órganos judiciales, en donde los actos emitidos por estos son nulos o muchas veces considerados inexistentes; existen otros casos en los cuales los órganos administrativos dictan resoluciones sobre cuestiones que solo pueden ser resueltas por los órganos legislativos en cuyo caso el acto también es nulo.

Este factor se determina por la naturaleza de la pretensión procesal y por las disposiciones legales que la regulan, esto es, se toma en cuenta la naturaleza del derecho subjetivo hecho valer con la demanda y que constituyen la pretensión y norma aplicable del caso concreto.

También dentro de estos vicios de incompetencia tenemos la competencia en razón del territorio y comprende el ámbito espacial en el cual se legitimó el ejercicio de la función. El mismo se justifica por razones geográficas o de territorio en general puesto que se encuentran distribuidos y se refieren a la clase de competencias únicas de cada administración de acuerdo a la distribución del territorio de un estado, en cuyo caso al extralimitarse del territorio físico la misma provoca la nulidad.

Y por último tenemos la competencia en razón del tiempo tiene que ver con los casos en que un órgano tiene determinadas facultades concedidas sólo durante un lapso determinado. Por lo tanto son nulos debido a su extemporaneidad.

Motivación

La motivación es considerada una garantía constitucional del debido proceso, en donde toda autoridad pública está obligada a emitir los actos fundamentados en las razones pertinentes de hecho y de derecho sobre las cuales se hubiera emitido en resguardo del principio de seguridad jurídica y control de la arbitrariedad.

"La motivación es un requisito esencial que determina la relación de la causa y el objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación con la finalidad para la que se toma una determinación. El análisis de la motivación toma en cuenta la razón por la que se adopta una decisión y la finalidad de

*tal decisión, con el objeto de determinar si el acto ha sido o no de manera arbitraria debiendo aparecer el acto esa motivación, tanto de modo formal como material".*³⁵

La motivación está ligada a la causa del acto, pero en realidad la motivación es mucho más que eso, esta es considerada según la doctrina, la normativa constitucional y la administrativa como la más importante dentro de los elementos de validez y legitimidad del acto administrativo. Conforme lo señala el artículo 122 de la Ley de Modernización del Estado:

"1. La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos se realizará de conformidad con lo que dispone la Constitución y la ley y normativa aplicable. La falta de motivación entendida ésta como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución".

La motivación es el elemento esencial y más importante dentro de la expedición de un acto administrativo, puesto que debe confluír la relación permanente entre el hecho causal y la juridicidad, de tal manera que no existirá acto si de forma taxativa y expresa no se hace constar que el acto las causas y juridicidad son concordantes con lo emitido por la autoridad emisora del acto, caso contrario el administrado corre el riesgo de quedar en indefensión y el acto podría ser impugnado, apelable o nulo.

Como lo señala Emilio Fernández *"La motivación consiste en exteriorizar, clara y sucintamente, las razones que determinan a la autoridad administrativa a emitir el acto administrativo"*.³⁶ Por lo tanto la motivación es la que permite a la autoridad en el acto o resolución remitirse a todo tipo de informes y documentos provenientes del proceso incoado a la emisión del acto, por lo tanto, el administrado debe conocer de antemano y por voz de la propia autoridad, cuáles son las razones para emitir el acto, es decir la causa, sobre todo cuando estos afecten directa o indirectamente los derechos del administrado.

³⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Resolución No. 011-2002-AA. Citado por MORALES Marco A., Derecho Procesal Administrativo, Edilaja, Loja Ecuador, 2012. Pág. 124.

³⁶ FERNÁNDEZ Vázquez Emilio. Diccionario de Derecho Público. 1981, pág. 504.

Otra importancia de la motivación, tiene que ver con que el ciudadano nunca, por desconocimiento real de los hechos, pueda quedar en indefensión, la motivación podrá fomentar el verdadero derecho a la defensa por parte del administrado que vendrán a formar parte más allá de las ritualidades o curialidades una verdadera garantía de protección al administrado por lo que lo convierte como se ha reiterado en varias ocasiones no en un mero formalismo sino en una parte sustancial de la emisión del acto.

La motivación contiene un aspecto formal y un aspecto material, la expresión formal se refiere a la expresión sucinta de los hechos, de las razones que hubieren sido alegadas y de los fundamentos legales pertinentes, es por tanto que la administración pública obliga a indicar al administrado o de identificar al particular el por qué está emitiendo este acto, es decir por tanto las razones de hecho y derecho mediante las cuales se fundamenta. Es por lo tanto, que los actos administrativos de carácter particular deberán ser motivados, excepto los de simple administración. La motivación debe tener también un aspecto material, es decir para realizar un acto administrativo el mismo debe formar parte del expediente administrativo o antecedente quienes formarán parte de la motivación material del acto y es donde va a contener la razón de hecho o de derecho, es el material mediante el cual las autoridades podrán verificar si se cumplió el procedimiento y si se razono tanto legalmente como fácticamente todas las actuaciones de la administración pública.

"En Francia o en Italia la ley no establece a la administración razones o motivar el acto, en Venezuela si se exige la motivación".³⁷

Por lo general las legislaciones obligan en un número considerable de supuestos la obligación de motivar sus actos, incluidos los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales y por los motivos, estos deberán siempre estar incorporadas a la causa. Esta exigencia de la motivación de un acto administrativo, es solo un requisito o instrumento final de las exigencias de los requisitos objetivos del acto administrativo y como se ha dicho anteriormente debe controlarse por la administración primer en una fase llamada aplicativa y de eventual autotutela, y

³⁷ Véase en la página web <http://www.monografias.com/trabajos42/actos-administrativos/actos-administrativos2.shtml#motivac#ixzz2yy32fQaZ> consultado el 14 de marzo del 2014

posteriormente por el juez contencioso administrativo dentro de una fase fiscalizadora, donde se podrán comprobar si los motivos que la administración invoca existen o no, si la realidad del supuesto de hecho se ha producido o no, si el acto es adecuado o para el servicio efectivo del fin público.

Los actos resolutorios o actos finales son los más importantes en cuanto al contenido y motivación puesto que serán el resultado final al que llega la administración pública y por lo tanto deberá estar debidamente motivado, como contenido mínimo debe tener un encabezamiento con el indicativo de las autoridades que emiten el acto y en calidad de que lo hace, un preámbulo que suele referir los actos preparatorios y las normas legales de competencia y en el fondo en el cual el mismo se funda.

Por lo que la motivación viene a formar parte de un requisito típico no de todos los actos administrativos pero si de la mayoría, y recalcamos que en la parte resolutoria especialmente debido a que al destinatario le implica gravamen y deben estar motivados con sucinta referencia en los hechos y fundamentos de derecho cuando puedan: limitar los derechos subjetivos o intereses legítimos; los que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de actos o recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje; los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; los de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de las medidas provisionales; los que se dicten en ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

Dicho de otra manera la motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto. Está contenida dentro de lo que usualmente se denominan "considerandos". Esto la constituyen todos esos presupuestos o razones del acto. Es la fundamentación fáctica y jurídica de él, con que la administración sostiene la legitimidad y oportunidad de su decisión, esto da origen a que su emisión, ayuda a que se aclare y facilite la recta interpretación de su sentido y alcance, por constituir un elemento esencial del mismo. Esta enunciación de los hechos que la hace la administración en donde ha tomado en cuenta para la

emisión de su voluntad, constituye un medio de prueba de la intencionalidad administrativa y una pauta para la interpretación del acto.

La motivación hay que recalcar que es una exigencia de los estados de derecho, por eso es exigible como un principio, en todos los actos administrativos, por lo que debe ser auténtica y satisfactoria las explicaciones de las razones de emisión del acto. No se trata de un mero escrúpulo formalista, simplemente que con esto se busca perseverar los aspectos sustantivos y aparecer como una necesidad tendiente a la observancia del principio de legalidad en la actuación de los órganos estatales y que desde el punto de vista del particular o administrado traduce a una exigencia fundada en el ideal de una mayor protección de los derechos individuales, cuyo cumplimiento depende de que el administrado pueda conocer de una manera efectiva y expresa los antecedentes y razones que justifiquen el dictado del acto.

En principio todo acto administrativo debe ser motivado, puesto que la falta de motivación implica, no solo vicio de forma, sino, un vicio de arbitrariedad, de la motivación solo puede prescindirse en los actos tácitos, puesto que de ellos existe una manifestación de la voluntad.

Es por esto que la motivación debe ser concomitante al acto, pero por excepción puede admitirse la motivación previa, si de ella surgen informes y dictámenes que sean expresamente invocados o comunicados, en ausencia de ambas el acto estará notoriamente viciado por falta de motivación, pero este vicio puede excepcionalmente subsanarse por medio de una motivación hecha de manera ulterior, siempre y cuando se desarrolle de una manera lo suficientemente razonada.

Por lo tanto, de manera general podríamos decir que la motivación tiene una importancia relevante en los casos que merecen un acto discrecional porque estima que la expresión de los motivos en cuya virtud la administración ha optado por una concreta soluciones, es sencillamente fundamental a efectos del control jurisdiccional. La motivación es un medio técnico de control de la causa del acto. Ha de ser suficiente y dar plena razón de un proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión.

Causa y fin de los actos administrativos

Entendamos los actos administrativos constituyen una parte esencial de la administración pública para el logro de los objetivos que esta pretende alcanzar siendo el derecho administrativo una rama del derecho que busca brindar a la sociedad por medio de los servicios públicos una satisfacción de las necesidades de la comunidad.

A la causa podemos decir que es la materia o contenido sobre el cual se decide, certifica valora u opina acerca del contenido del acto, y consiste en la resolución en las medidas concretas que dispone el acto, el objeto del acto tiene que ser cierto, claro, preciso y posible jurídicamente, así mismo el acto tiene que ser lícito, posible y determinado, es decir precisar la disposición que la autoridad administrativa adopta, para lo cual es necesario saber de qué especie de acto se trata, a que persona o cosa afecta, en que tiempo y lugar habrán de producirse y los efectos que esta provocarán.

Toda actividad administrativa, de modo mediato o inmediato directa o indirectamente, debe realizar o satisfacer un interés general que es propia del servicio público, fundamentalmente porque la finalidad esta objetivamente determinada por la esencia de la administración pública.

Fundamentalmente es necesario recalcar que la finalidad buscada por el acto concreto debe concordar con el interés público que inspiro el legislador para habilitar o atribuir las competencias a las diferentes autoridades para emitir todo tipo de actos administrativos. Por lo tanto cada actuación pública debe perseguir aquella finalidad general y específica que le corresponde, quedándole vedada cualquier posibilidad de desvío para satisfacer el interés de los particulares a los cuales se esté administrando ajeno a la competencia ejercida por el órgano emisor del acto el empleo de cada acto administrativo debe estar relacionado con la razón determinante que originó la asignación de la competencia a un órgano administrativo.

Por otro lado es bueno entender que cualquier tipo de violación a la finalidad pública sea que fuera por perseguir la finalidad personal del funcionario, perseguir una finalidad distinta a favor de la administración y perseguir cualquier finalidad a favor de un tercero, sería atentar contra el recto proceder de la administración pública que un funcionario investido de poder introduzca móviles subjetivos para decidir su orientación gubernativa o que beneficie a cualquier tercero con si desvío de poder, vicio que se presenta y sanciona cuando tiene como objetivo beneficiar a la Administración de un modo no previsto por el recto deseo del legislador.

Ha sido motivo de varias discusiones de otros actos contrarios a la finalidad pública, como imponer sanciones administrativas graves a funcionarios por animosidad o venganza personal de la autoridad respectiva, prohibir actividades religiosas por razones de sectarismo o intolerancia; la finalidad ha sido articulada en la ley a través de la definición de la finalidad pública de las normas administrativas y los procedimientos y forma de interpretarlas.

Antes de empezar con el estudio de los modos de extinción de los administrativos me parece acertado dar un vistazo primero a la validez y eficacia de los actos administrativos para entender de donde provienen, puesto que un acto administrativo inválido puede ser eficaz y recíprocamente, que un acto válido puede no ser eficaz. Así es como ambos mantienen la relación del ciclo vital de un acto administrativo, actúan en momentos distintos puesto que la validez se presenta en la emisión del acto, mientras que la eficacia aparece desde el momento de su perfeccionamiento, hasta sus efectos.

Es precisamente aquí cuando al existir una falla en su estructura o en la mala aplicación de sus elementos, provocan el surgimiento de los mecanismos de autotutela de revisión, o de colaboración del administrado orientado a la búsqueda de su descalificación puesto que el acto administrativo tiene que satisfacer los requisitos relativos al objeto, competencia, voluntad y forma para proceder conforme a las normas que regulan dicho procedimiento administrativo.

Para esto es importante recalcar que los vicios del acto administrativo son las faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del derecho y que por lo tanto y conforme al ordenamiento jurídico de cada país lesionan la perfección del acto, su validez o en su eficacia, impidiendo su subsistencia o ejecución, estos vicios afectan

su validez y producen las consecuencias jurídicas de inexistencia anulabilidad. Es decir que no existe la nulidad de un acto si el vicio no es constatado o declarado; objetivamente una decisión administrativa es nula cuando se encuentre contraviniendo disposiciones Constitucionales o legales; por un defecto u omisión de de alguno de los requisitos de validez; por vicio de competencia; vicios de objeto o contenido; vicios de la regularidad del procedimiento; esta nulidad solo podrá ser declarada por la autoridad superior que dicto dicho acto o cuando la misma sea ventilada en un tribunal y dictaminada por un juez, esto no quiere decir que de tratarse de un acto que sea dictado por una autoridad esta no está sometida a subordinación jerárquica, la nulidad, además dispondrá lo conveniente para ser efectiva la responsabilidad del emisor de un acto inválido, es decir la declaración administrativa o judicial de nulidad del acto administrativo hace que desaparezca la presunción de legalidad, en tal sentido que, la declaración operará hasta el momento mismo de su emisión sin favorecer ni perjudicar a ningún administrado.

Ahora bien, previo a la profundización de la extinción de los actos administrativos que va ser motivo neurálgico de nuestra investigación es necesario resaltar que, la extinción de los a actos administrativos puede ser por causas normales o anormales, que requieran la emisión o no de un nuevo acto administrativo o porque se traten de actos válidos o inválidos, es así que los actos administrativos pueden extinguirse por:

- Cumplimiento del objeto
- Imposibilidad del plazo
- Expiración del plazo
- Resolución en firme
- Revocación Caducidad
- Declaración judicial de inexistencia o nulidad.

Es necesario distinguir que el hecho o presupuesto jurídico del acto, en los casos de legitimidad y el hecho que provoca una imposibilidad de la producción del acto y sus efectos. En este caso la extinción opera de pleno derecho y dependerá de la gravedad de la ilegitimidad con la que hubiere afectado el acto originalmente válido, puesto que se vuelve contrario a derecho y como hay imposibilidad de que en la producción de efectos futuros, los mismos puedan producir efectos retroactivos a la

fecha de nacimiento de la ilegitimidad del acto. En conclusión el acto se extingue por que se ha cumplido o por desaparición del objeto con el que se produce el acto es decir por la imposibilidad física o jurídica para cumplir con el objeto del acto.

Entendamos que el acto administrativo es la expresión de la voluntad pública, ahora bien que pasa cuando esta administración por negligencia, descuido u otras causas no hace la expresión de la voluntad de la administración requerida por los administrados, entonces entramos al análisis de varios temas muy importantes dentro de esta investigación entre estos continuamos con él:

2.3. El silencio administrativo

El silencio administrativo es una derivación directa del derecho de petición es el silencio que guarda la administración pública frente a las peticiones reclamaciones o recursos administrativos formulados ante él, de los cuales no habido respuesta para su decisión, como vimos anteriormente el administrado tiene derecho constitucional a que sus peticiones y reclamaciones sean atendidas por la administración, por lo que las autoridades legislativas dentro de las diferentes herramientas normativas jurídicas pretende salvaguardar los intereses de las personas previniendo dar un efecto jurídico a esta falta de atención pública en razón de que los asuntos no deben quedar sin una resolución final.

Partiendo de esto podemos decir entonces que el silencio administrativo es entonces la falta de pronunciamiento de los poderes públicos, en relación con las solicitudes o reclamos formulados por los administrados; por otro lado también existe un silencio administrativo cuando existiendo un pronunciamiento de la administración pública, este, es tan ambiguo que no permite determinar con precisión si la decisión es positiva o negativa a los intereses del sujeto pasivo del procedimiento administrativo. Lo importante es determinar los efectos que produce la falta de pronunciamiento o pronunciamiento ambiguo, y si la falta de estos se convierten en una garantía no solo de petición sino del debido proceso.

El silencio que guarda la administración pública produce efectos jurídicos y procesales, en la mayoría de legislaciones no son simplemente un derecho de petición, se han convertido en garantías constitucionales y del debido proceso, por lo

tanto este derecho de petición no solo tiene como propósito permitir a los administrados la posibilidad de recurrir ante la administración pública para poder responder de manera concreta a las peticiones del administrado, lo cual significa que las peticiones o reclamos formulados al órgano competente deberán ser respondidas afirmativa o negativamente; puesto que las presunciones de derecho sirven para garantizar los derechos e intereses del administrado.

Es por esto que así como por un lado el acto administrativo es una declaración expresa de la voluntad unilateral de la administración, su silencio está obligado a expresarse, porque viene a constituir una presunción de la voluntad; de aquí viene la importancia de que esa esté prevista en la legislación.

La doctrina señala que el silencio administrativo es un acto presunto de la administración, para que este no abuse de su poderío frente al administrado y los efectos legales del mismo tienen como propósito impedir que la administración no abuse de su condición frente al administrado a quien no se le puede coartar su derecho el ejercicio pleno de sus derechos para acceder al servicio público requerido o de oponerse en sede administrativa o judicial a algo que se encuentre en contra de los derechos del peticionario o reclamante.

La administración en ejercicio arbitrario del poder público, sería absurdo que no se pronunciara para evitar que los particulares puedan ejercer los reconocimientos prerrogativas jurídicas contenidas en el ordenamiento normativo de un Estado atinente al caso de su interés subjetivo, es por lo tanto que la ley será la que venga a señalar el período de tiempo dentro del cual la administración pública deberá dar contestación escrita y motivada de lo que el peticionario o reclamante solicita a la administración pública.

Es importante recalcar que la decisión administrativa presunta, debe guardar coherencia absoluta con las posibilidades reales del pronunciamiento administrativo que no pueden ser otras que negar o aceptar las aspiraciones del administrado. De esto se infiere los efectos del silencio administrativo los mismos que pueden ser o positivo o negativo.

"El silencio administrativo es una figura establecida por muchas legislaciones y uno de los aspectos relevantes en el estudio del derecho administrativo, como normatividad reguladora del servicio y de la actividad de la administración (...) El silencio administrativo constituye un hecho jurídico, esto es, un hecho consistente en la inercia de un sujeto de derecho que excluya toda actividad externa y toda voluntad del mismo, que en determinadas circunstancias la ley establece que debe presumirse como una acción volitiva con cierto contenido y con capacidad de producir efectos jurídicos. La ley crea una presunción de voluntad para darle eficacia y hacerle producir efectos jurídicos a ese hecho a falta de declaración de voluntad motivada por la defensa de la certeza en las relaciones jurídicas, la protección a la buena fe de las partes en controversia y salvaguardia de los intereses de la Administración y de los administrados".³⁸

Por la forma de su exteriorización, los actos administrativos pueden ser expresos o presuntos, en virtud de silencio administrativo. En los actos expresos, la administración, declara su voluntad dirigida a producir un efecto jurídico.

Formalmente, por falta de respuesta, el silencio de la administración, frente a una petición o recurso no es un acto, sino un hecho jurídico, ya que la falta de esta declaración de voluntad dirigida a producir efectos jurídicos, viene a ser propia de los actos expresos.

En derecho administrativo, se atribuye el silencio de la administración frente a una petición o recurso el valor de una decisión de significado, unas veces negativo o desestimatorio y otras veces estimatorio o positivo. De aquí que se hable de dos clases de silencio, negativo y positivo, y de actos presuntos positivos y negativos.

Es obligación de la administración pública resolver todos los procedimientos administrativos dentro del plazo establecido, y para esto hay que garantizar los derechos e intereses de los interesados, es que de aquí que se instituye el silencio

³⁸ RODRÍGUEZ Gustavo Humberto, Derecho Administrativo Teoría General, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional, cita de ARCINIEGAS Antonio José, Jurisprudencia Administrativa, Bogotá, 1980, pág. 10 y 11. Por su parte, Sayagués Laso (cit. pág. 437) dice que: "*el silencio administrativo no puede considerarse una decisión ficta en ningún sentido, salvo que textos expresos le atribuyan un significado especial*"(...).

administrativo como un acto presunto o bien da la puerta abierta para acceder a la sede judicial con la impugnación respectiva.

Para Jorge Zavala Egas: "(...) el ordenamiento jurídico le atribuye efectos jurídicos al incumplimiento de la Administración Pública de resolver los procedimientos administrativos, lo que equivale a afirmar que el silencio administrativo instituye una legalidad, pues la reconoce y hace fluir de ella consecuencias jurídicas y, por ello, tiene "una justificación meramente práctica, porque teóricamente es inadmisibile".³⁹

Según el derecho administrativo francés, se requería de un acto administrativo previo para incoar un recurso ante la justicia administrativa ya que sin acto administrativo no cabía un recurso, con el fin de evitar la indefensión del ciudadano se estableció la figura del silencio administrativo negativo que presume que la autoridad ha resuelto negativamente una pretensión lo que permite al ciudadano impugnar el acto administrativo presunto.

Dice Gustavo Penagos: "*El silencio administrativo negativo es el efecto que la ley le atribuye al hecho de no resolver la administración la petición formulada en determinado plazo. Se trata de una decisión presunta en sentido negativo, y así, lo da a entender el párrafo del artículo 18 al decir "se entenderá agotada la vía gubernativa cuando interpuestos algunos de los recursos señalados en la ley, se entienden negados por haber transcurrido un plazo de un mes sin que recaiga decisión resolutoria sobre ellos".*⁴⁰

Es decir es la institución jurídica mediante la cual la ley determina un efecto jurídico negativo a la falta de pronunciamiento oportuno de la administración, este efecto contempla la presunción de que las pretensiones del administrado han sido negadas, cuando la ley no emitió su pronunciamiento dentro del tiempo que la ley establece, estamos dentro de esta ficción jurídica a la que se la llama acto administrativo negativo presunto.

³⁹ ZAVALA Egas Jorge, Derecho Administrativo Tomo I, Editorial Edino 2005, pág. 270. Cit. Ant.

⁴⁰ PENAGOS Gustavo. El Acto Administrativo. Bogotá, Tercera edición, Librería del Profesional, 1981, pág. 575-579

Este efecto no tiene más fin que posibilitar al administrado el poder ejercer su derecho de oponerse en vía judicial o administrativa y así recurrir ante las autoridades competentes a fin de que sus derechos sean respetados. Es decir esta ficción jurídica permite viabilizar que el administrado para que se deje sin efecto jurídico y se pueda emitir un acto de acuerdo al ordenamiento jurídico.

"(...) el equilibrio de los derechos subjetivos, sin duda alguna que el silencio administrativo negativo es el que más se ajusta a la realidad de la administración pública; puesto que el interés general no puede ni debe ser afectado por las incuria de los servidores públicos, por su negligencia y aún por sus inconfesables intereses en los casos puestos a su resolución. De suerte que siendo los recursos contencioso administrativos, un mecanismo encaminado a tutelar la legalidad de los negocios del poder público, el silencio negativo, permite a los órganos judiciales determinar la procedencia o no de las pretensiones del administrado; pudiendo entonces, de ser el caso, dejar sin efecto la negativa presunta y reconocer el derecho del interesado o, ratificar la legalidad del acto negativo presunto, cuando las pretensiones sean contrarias al ordenamiento jurídico"⁴¹.

Por otro lado el silencio administrativo positivo, requiere ley expresa que la consagre puesto que sus efectos son diferentes, puesto que dado el plazo que señale la ley, si la administración no se pronuncia ante la reclamación, se considera el derecho que se alegue aceptado, se genera cuando la administración pública por incuria o negligencia no emite resolución dentro del tiempo asignado por la ley.

Según Efraín Pérez: *"El silencio administrativo es una presunción legal según la cual se asigna valor al acto administrativo a la falta de pronunciamiento de la autoridad sobre una petición de un ciudadano. La Ley puede determinar que el silencio se interpreta como una respuesta tácita, sea como negativa, sea como positiva o, también como suspensiva".⁴²*

⁴¹ SECAIRA DURANGO Patricio Adolfo, Derecho Administrativo, Primera Edición Editorial De la Universidad Técnica Particular de Loja, Loja Ecuador, 2011

⁴² PÉREZ Efraín, Manual de Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 2012

Es una ficción jurídica que suple la voluntad expresa de la administración, supliéndola con un efecto positivo a ese silencio, determinando que ocurrido este se presume que las pretensiones del administrado han sido atendidas favorablemente; este acto presunto y afirmativo al interés de quien lo promovió mediante una solicitud, reclamo o recurso administrativo, es entendido como un castigo a la administración lenta e ineficiente.

La ley mismo se encarga de poner límites a este silencio, que bien puede prestarse para que los servidores públicos puedan deliberadamente favorecer intereses de los particulares; este acto presunto queda a beneficio del administrado y en la plena capacidad de ejecutarlo, con la responsabilidad correspondiente en contra del servidor público o del funcionario que dejo de emitir el acto, esta pretensión, esta por demás decir debe cumplir ciertas características entre estas está que: haya sido presentado ante autoridad competente para emitir el acto; tampoco surge efecto jurídica cuando estas se van en contra del ordenamiento jurídico o moral pública, es por esto que la pretensión debe ser lícita y susceptible de ejecución.

Los siguientes elementos y la concurrencia de los mismos son los que van a permitir que se produzca el efecto positivo en el silencio administrativo:

- "a. Petición o reclamo del particular presentado al órgano público competente, especificando sus pretensiones que no pueden ser contraria a derecho, es decir deben sustentarse en antecedentes jurídicos válidos, aplicables al caso.*
- b. Fenecimiento del término para que la autoridad resuelva la petición; y,*
- c. Ausencia de decisión administrativa." ⁴³*

Una vez que se haya cumplido con esas formalidad por ministerio de la ley nace también la obligación administrativa de ejecutarla, por lo general hay una negativa actitud por parte de la administración razón por la cual por lo que misma ley preverá los mecanismos para el cumplimiento del mismo.

"Si la ley determina ese efecto positivo, es obvio que no procede la interposición del recurso contencioso administrativo ya que este opera

⁴³⁻³⁸ Ibídem. Cit. Ant. SECAIRA DURANGO

solamente cuando el acto administrativo, expreso o presunto, niega, desconoce o no reconoce los derechos del particular; por manera que, siendo positivo el silencio es imposible la impugnación de un acto presunto que favorece el interés del administrado".⁴⁴

En nuestra legislación ecuatoriana el silencio administrativo es positivo y su efecto es dar origen a un acto administrativo presunto y se encuentra dentro del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada señala:

"Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberla ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante.

Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario a derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 212

⁴⁴⁻³⁸ Ibídem. Cit. Ant. SECAIRA DURANGO

del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que este excite al correspondiente enjuiciamiento".⁴⁵

De esta normativa vigente debemos recalcar que prohíbe por un lado la suspensión de la tramitación y la negativa a la expedición de una decisión que requieran los ciudadanos interesados, como una forma de evitar que la administración pueda excusarse de resolver, sin embargo cabe recalcar que esta prohibición no excluye la posibilidad de suspender el plazo máximo legal para resolver, solo hay plazos diferentes en los señalados por el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva en su artículo 115 señala la obligación que tienen de resolver la administración dependiente directamente de la función ejecutiva entre lo más importante podemos recalcar que en el numeral dos señala que el plazo máximo en el que debe notificarse la resolución será el correspondiente al silencio administrativo salvo en los procedimientos de oficio donde no se podrá exceder de 60 días, salvo ley especial que manifieste lo contrario.

El numeral 5 de la Ley antes citada señala que en el transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos:

"a. Cuando deba requerirse a cualquier interesado para la subsanación de deficiencias y la aportación de documentos y otros elementos de juicio necesarios, por el tiempo que medie entre la notificación del requerimiento y su efectivo cumplimiento por el destinatario, o, en su defecto, el transcurso del plazo concedido;

⁴⁵ LEY No. 50, Ley de Modernización del Estado, Privatización y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada.

b. Cuando deban solicitarse informes o actos de simple administración que sean obligatorios y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta administración, por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos. Este plazo de suspensión no podrá exceder en ningún caso de 30 días; y,

c. Cuando deban realizarse pruebas técnicas o análisis dirimientes propuestos por los interesados, durante el tiempo necesario para la incorporación de los resultados al expediente".

Por lo tanto, el silencio administrativo genera directamente una responsabilidad directa sobre los funcionarios que tienen a cargo los trámites procedimentales y también a las autoridades de los órganos administrativos correspondientes y así lo prescribe el numeral 7 de la misma ley señala claramente que el "*personal al servicio de la Administración Pública que tenga a su cargo el despacho de los asuntos, así como los titulares de los órganos administrativos competentes para instruir y resolver son directamente responsables, en el ámbito de sus competencias, del cumplimiento de la obligación legal de dictar resolución expresa en plazo.*

El incumplimiento de dicha obligación dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria, sin perjuicio a la que hubiere lugar de acuerdo con la normativa vigente".

Por lo que podemos deducir que el plazo máximo es de 15 días que tienen las autoridades administrativas para resolver los procedimientos iniciados a instancia de parte y que configuran el silencio administrativo y en los casos iniciados de oficio se señala en el numeral 2 y 3, la forma en la cual en ambos casos se recurre es decir de que no debe exceder de 60 días, salvo ley especial que lo prevea.

Por lo tanto el silencio es positivo en nuestra legislación en la cual si la resolución es tardía o fuera del plazo máximo legal, solo puede ratificar lo que por silencio administrativo nació, pues de no tener contenido sería una revocación a esta, lo que está prohibido según lo señala el artículo 170 del ERJAFE; por otro lado si se ha producido el silencio administrativo negativo, no existe acto administrativo presunto y

por lo tanto la resolución puede tener in contenido positivo a la pretensión del interesado o bien desestimar esta.

Gallegos señala: "*porque aquí no hay un verdadero acto administrativo, que vendría a ser revocado por la resolución expresa posterior, sino una ficción legal que hace posible la impugnación pero que no produce una resolución...*"⁴⁶

Por otro lado cabe señalar que el acto presunto se encuentra como negativo en la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo en el artículo 31 y en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y positivo en la Ley de Modernización del Estado y el Código Tributario por otro lado el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva contempla la suspensión presunta del acto administrativo ante el silencio de la administración.

La certificación del acto administrativo presunto derivado del silencio positivo, genera un acto administrativo presunto que puede ser certificado por el funcionario competente para hacerlo y que no resolvió a su momento la solicitud, petición o reclamo del interesado. Si el interesado no solicita esta certificación no puede usarse como medio de prueba del acto presunto, si la administración no le extendiere este certificado deberá continuar con los medios legales correspondientes para hacer valer sus derechos. Para esto la administración debe notificar en los siguientes cinco días posteriores a la presentación de este petitorio el vencimiento del plazo o certificar que no se ha emitido resolución alguna probándose así el silencio administrativo positivo, esto tiene el fin y el propósito de dar seguridad jurídica al ciudadano y concretar el interés público que persigue en todo procedimiento administrativo.

Mediante triple fallo reiterado se confirma como jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que:

"...procedimiento previo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de su distrito, para que por intermedio de éste se solicite la certificación tantas veces aludida a la autoridad competente y par que en el caso de no obtener

⁴⁶ GALLEGOS ANABITARTE, Alfredo y MENÉSEZ REXACH, Ángel. Acto y Procedimiento Administrativo. Macial Pons, Madrid, 2001.

respuesta favorable en su primer momento, se exija por intermedio del Tribunal, se conceda la certificación requerida bajo el apercibimiento que de hacerlo se tendría por concedida la certificación".⁴⁷

En conclusión, en nuestro Derecho, la estimación por silencio administrativo, tiene a todos los efectos la consideración de un acto administrativo finalizador del procedimiento. Por el contrario, la desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo; la resolución administrativa tiene por objeto beneficiar y hacer viable el derecho subjetivo del particular, ya que éste una vez que ha nacido se sobre entiende que se encuentran agregados todos los derechos del administrado antes de que se haya tornado eficaz; en el caso del silencio administrativo no es una resolución que tenga motivación alguna y por lo tanto no constituye una respuesta, sino una ficción jurídica que se constriñe en dar efectos positivos o negativos.

2.4. Extinción del acto administrativo

Por regla general los actos administrativos se extinguen cuando se han cumplido con todos los elementos, requisitos y modalidades que señala la ley cuando se han producido sus efectos jurídicos conforme a su objeto y finalidad perseguidos, así las cosas podemos decir que hay efectos administrativos que se extinguen por determinación llanamente, por haber cumplido su objeto, el plazo de su vigencia y generalmente se les conoce como terminación normal, sin embargo hay algunos que se extinguen por determinación judicial o por determinación de los tribunales administrativos o de las propias autoridades administrativas y es así como han surgido la revocación, prescripción, caducidad, terminación y la nulidad. Hay autores que dividen al modo de extinguirse los actos administrativos en dos Normales y Anormales.

Los medios normales vienen a ser la realización fáctica jurídica del acto administrativo que se lleva a cabo de forma normal mediante el cumplimiento voluntario y la realización de todas aquellas operaciones materiales para cumplir el

⁴⁷ LEXIS, Expediente 271, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, publicado en el registro oficial 249, del 12 de enero del 2004. Consultado el 15 de Abril del 2014

objeto o contenido del propio acto. Esta realización voluntaria puede ser de los órganos internos de la administración y también por parte de los particulares en este caso, el acto administrativo se cumple y se extingue por la realización de su objeto es decir por:

- El cumplimiento voluntario por órganos internos de la administración, la realización de todos los actos necesarios.
- Por el cumplimiento voluntario de los particulares
- Cumplimiento de los efectos inmediatos cuando el acto en si mismo entraña ejecución como en los actos declarativos.
- Cumplimiento de los plazos, en aquellos actos que tengan plazo.

Dentro de los medios anormales de terminación de los actos administrativos pueden extinguirse por una serie de procedimientos o medios que llamamos anormales, porque no culminan con el cumplimiento contenido en el acto, sin que lo modifiquen e impiden su realización eficaz.

2.4.1. La prescripción y caducidad

La prescripción se deriva del latín *praescrito* que proviene del verbo *praescribere* que se compone de dos raíces que son *prae* y *scribere*, que significa escribir antes o al principio. Esta figura se originó en el derecho romano, durante el período llamado formulario, mismo que duró hasta antes del fin de la República Ortolán señala los orígenes de la prescripción los siguientes:

"A medida que Roma fue evolucionando jurídicamente, el término "prescriptio", se fue aplicando también a la extinción de la acción reivindicatoria, que era afectada hondamente por una posesión de larga duración. Transcurridos algunos años apareció en la legislación romana una figura denominada "prescriptio longi temporales", introducida por los Pretores, en ellos se concedía a los poseedores con justo título y buena fe, una excepción oponible a la acción reivindicatoria, siempre y cuando quien la hiciera valer tuviese una posesión durante un término de diez años entre los presentes y, veinte entre

los ausentes, como se siguió la costumbre de estatuir esa excepción antes o al principio de la formula, también se la denomina con el término "praescrito", a semejanza de la excepción extintiva de la acción "temporales", después y como consecuencia del a "Constitución Teodosiana", desapareció la perpetuidad de las acciones derivadas del "Ius Civile", al establecer dicha Constitución que el plazo de la duración de la posesión sería de treinta años, sin hacer mención alguna de la buena fe o del justo título, con motivo de lo anterior, nació otra institución que fue la "praescriptio longuissimi temporis."⁴⁸

Algunos definen a la prescripción como el medio de adquirir bienes o de liberarse de obligaciones, mediante el transcurso de cierto tiempo bajo condiciones establecidas en la ley.

De acuerdo al diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española, el término prescripción significa el *"modo de extinguirse un derecho como consecuencia de su falta de ejercicio durante el tiempo establecido por la ley".*⁴⁹

Para Gutiérrez y González, la prescripción es *"la facultad o el derecho que la ley establece a favor del deudor para excepcionarse válidamente y sin responsabilidad, de cumplir con su prestación, o para exigir a la autoridad competente la declaración de que ya no se le puede cobrar en forma coactiva la prestación, cuando ha transcurrido el plazo que otorga la ley para hacer efectivo su derecho."*⁵⁰

Por su parte Nicolás Coviello, considera a la prescripción como: *"un medio por el cual a causa de la inactividad del titular del derecho prolongado por cierto tiempo, se extingue el derecho mismo."*⁵¹

En derecho administrativo, de acuerdo a Martínez Morales podemos establecer que la prescripción es:

⁴⁸ ORTOLÁN, Manuel. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Editorial Bibliográfica OMEBA; Buenos Aires Argentina, 1960. P. 120

⁴⁹ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española véase en la web www.rae.es.

⁵⁰ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Quinta Edición Cajica; Puebla, México 1978, p 798

⁵¹ COVIELLO, Nicolás. Doctrina General del Derecho Civil. Traducción de Felipe de Jesús Tena. Cuarta edición. Editorial Hispano-Americana; México, 1949, p. 491.

"un medio de adquirir derechos o liberarse de obligaciones en virtud del transcurso del tiempo, conforme a las modalidades que fije la ley.

Esta figura tiene aplicación en el derecho administrativo a propósito del acto cual extinción se da por medios excepcionales; por ejemplo en materia fiscal.

Consideramos que la imprescriptibilidad no es atributo del acto administrativo: debe fijarla expresamente la ley. En caso de que el texto legal sea omiso respecto a la prescripción, se estará a la supletoriedad del derecho común.⁵²

Podríamos decir que la prescripción es la extinción y los derechos o la adquisición de estos últimos por el simple transcurso del tiempo previsto en la ley. En el ámbito administrativo los actos jurídicos prescriben de acuerdo con lo que para cada caso en particular dispongan las leyes respectivas.

A la prescripción se la conoce también como prescripción extintiva, ya que por transcurso del tiempo acarrea la pérdida o decadencia del ejercicio de los derechos para su titular, por el transcurso del tiempo nace y se consolida un derecho a favor de una persona y se habla de prescripción adquisitiva o de ocupación.

Por lo que debemos decir que la prescripción no es otra cosa que un medio para adquirir un derecho o bien para liberarse del cumplimiento de una obligación por el transcurso del tiempo. Se le considera:

"(..)un principio, una sanción o pena contra el titular del derecho quien, por negligencia, crea una situación de inseguridad censurable en razón de la cual el legislador veda, salvo renuncia del interesado, la posibilidad de un ejercicio tardío. Se ha dicho dentro de la doctrina, que la prescripción encuentra su razón de ser en una presunta renuncia tácita del derecho por

⁵² MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Diccionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3, Segunda Edición. Editorial Oxford; México, 2002. P. 196

*parte de su titular, quien a través de su inactividad, trasunta su intención de no reclamar lo que le corresponde".*⁵³

La prescripción pone fin a la acción sancionadora de la administración y es el tiempo que tiene la administración para iniciar el procedimiento. La prescripción es causa de extinción de responsabilidad administrativa.

Por otro lado la caducidad, implica la acción o el efecto de caducar, perder su fuerza una ley o derecho. Doctrinariamente se entiende como una sanción por falta de ejercicio oportuno de un derecho. Es una de las formas de terminación de algunos procedimientos administrativos, entre estos sancionadores entre otros. Se ocasiona por el transcurso de un determinado lapso de tiempo desde la iniciación del procedimiento sin que se hay producido la resolución del proceso. No presupone la extinción de derechos, sino sólo que se debe dictar la resolución pertinente declarando la caducidad y ordenando el archivo del procedimiento. Si los plazos de prescripción no se han cumplido, nada impide que se pueda iniciar un nuevo procedimiento.

Lo que se busca mediante la caducidad es poner fin a largos procedimientos administrativos que afectan la seguridad jurídica de los particulares, al tener la certeza de que las autoridades no podrán ejercer sus facultades al pasar el tiempo establecido en el ordenamiento jurídico correspondiente.

La palabra proviene del latín *cadere*, que significa "caer" y *caducus* que quiere decir, "lo poco durable". Esta figura tiene sus antecedentes en Roma, los mismos que tenían como objetivo alentar el matrimonio, evitar el decrecimiento de la población y regenerar las costumbres.

Según lo señala Gutiérrez y González, la esencia de la caducidad en el derecho Romano consistía en que:

⁵³ Véase en la página:

http://portal.ccss.sa.cr/portal/page/portal/Gerencia_Administrativa/dJuridica/Capacitacion_Videoconferencia/Tab1/Prescripcionycaducidadenelprocedimientoadministrativo.pdf. Consultada el 29 de abril del 2014.

"debían asumir voluntariamente y conscientemente, el estado de casados si eran cébiles, o engendrar descendientes si eran obis, dentro del plazo que las leyes marcaban, si no lo hacían, no nacía el derecho de heredar, y su parte hereditaria, la parte respecto de la cual creaba la incapacidad para recibirlas, pasaba al padre, si es que había alguno designado en el testamento, de esta manera, los padres se veían recompensados con las partes "caducas", y si no había padres, la parte caduca.. pasaba al tesoro público."⁵⁴

La caducidad es la extinción de los actos administrativos por falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en acto administrativo para que se genere o preserve un derecho, generalmente que por negligencia, descuido o inactividad de un particular que no cumple con los requisitos o deberes de una concesión, por ejemplo al no explotarse una concesión o no realizarse ciertas obras o servicios en el plazo que marca la ley opera automáticamente esta figura llamada caducidad, con lo cual se extingue el comentado acto jurídico.

Rafael Bielsa, establece que en el sentido jurídico el término caducidad se refiere a *"hacer caducar un derecho es hacerlo caer, más precisamente extinguirlo, en general por causa imputable al titular del derecho."*⁵⁵

Por lo tanto podríamos decir que es un derecho que por su falta de ejercicio durante un plazo temporal prefijado que no es susceptible de ser interrumpido.

Ernesto Gutiérrez y González, se refieren a la caducidad como: *"la sanción que se pacta o se impone por la ley a la persona dentro de un plazo convencional legal, o realiza voluntariamente y conscientemente la conducta positiva para hacer que nazca, o que se mantenga vivo un derecho sustantivo procesal, según sea el caso."*⁵⁶

Para que opere la caducidad de un procedimiento administrativo, es necesario que la ley fije el plazo máximo disponible para que la administración inicie y termine el

⁵⁴ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. pág. 856. Cit. Ant.

⁵⁵ BIELSA RAFAEL. Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina Editorial la Ley. pág. 489

⁵⁶ GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Pág. 857. Cit. Ant.

procedimiento administrativo sancionador y por lo tanto lo decisivo es fijar el término inicial y el término final del mismo, es decir la caducidad pone fin al procedimiento por agotamiento del tiempo disponible, ya que es el tiempo que tiene la Administración para dar por concluido este procedimiento. Si el procedimiento caduca, se tiene como no existente y la Administración, si no se hubiera agotado el plazo de prescripción, podría reiniciar el procedimiento sancionador.

Es un modo de extinción del acto administrativo en razón del incumplimiento en bien del interesado de las obligaciones que se le imponen. La declaración de caducidad es una competencia otorgada por la ley a la administración pública, para extinguir unilateralmente un acto administrativo, a título de sanción cuando exista culpa de la administración por incumplimiento de las obligaciones a su cargo.

Martínez Morales opina respecto de la caducidad lo siguiente: "*Confundida en ocasiones con prescripción, es la pérdida de un derecho por falta de actividad dentro del lapso que fija la ley para su ejercicio. Así la caducidad opera tanto para el gobernado como para la administración.*

*Esta manera anormal de concluir los actos administrativos obedece a la inconveniencia práctica de perpetuar la posibilidad de actuar en un determinado asunto. Como figura jurídica, se usa en otras ramas del derecho, puede revestir ciertas modalidades en derecho comparado y es la ley la que fina el término en que ha de operar.*⁵⁷

Ahora bien hagamos un pequeño análisis de los conceptos de caducidad, podemos establecer que los elementos básicos de la caducidad consisten en:

"Primero.- Tiene que existir un derecho. Tal derecho puede ser conocido o desconocido por su titular, pero es un derecho propio y que una ley establece a su favor.

Segundo.- La misma ley establece el derecho, implanta un plazo para el ejercicio del mismo, con el fin de que se resuelvan de forma pronta las situaciones y relaciones jurídicas existentes.

⁵⁷ MARTÍNEZ MORALES, Rafael I. pág. 20. Cit. Ant.

*Tercero. Si o se ejerce el derecho dentro del plazo señalado por la ley, se da la pérdida de ejercicio del derecho, y esto se entiende como una forma de garantizar el debido ejercicio de derechos y obligaciones que cada titular tenga dentro del plazo establecido por la ley, y como sanción a la omisión del cumplimiento, se da la pérdida del derecho*⁵⁸.

El principal efecto de la caducidad es que la autoridad que se encuentra a cargo del procedimiento respectivo, queda impedida de pronunciarse al respecto, es decir pierde su derecho a emitir la resolución correspondiente lo que deriva en que: *"la eficacia de la caducidad va indisolublemente unida a la existencia de una término perentorio para el ejercicio de un derecho, de una facultad o de una potestad, transcurrido el cual ya no es posible dicho ejercicio.*"⁵⁹

Gómez Corraliza establece para el efecto producido por la caducidad sería que: *"una vez transcurrido el plazo sin haberse ejercitado el derecho o realizado el acto sujeto a caducidad, ésta determina sencillamente su extinción.*"⁶⁰

En palabras de Moraga Klenner la caducidad es: *"la cesación e los efectos de un acto administrativo, cuya sanción es la extinción del mismo, de lo que se desprende que han de estar sujetos a una condición resolutoria. Es decir se produciría la caducidad en el caso en que el destinatario de un acto que le otorga la concesión, no suscribe un ejemplar del mismo en señal de aceptación de su contenido, dentro del plazo en él especificado.*"⁶¹

Por lo que se podría concluir que la caducidad administrativa no es otra cosa que la figura procedimental que consiste en la pérdida del derecho de la autoridad para pronunciarse mediante una resolución sobre la situación jurídica del administrado según el plazo establecido en la ley correspondiente.

⁵⁸ Véase http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/elizondo_c_e/capitulo3.pdf consultado el 29 de abril del 2014.

⁵⁹ R. FALCÓN y TELLA. La Prescripción en Materia Tributaria. Ley: Madrid, 1992. Pág 49.

⁶⁰ GÓMEZ Corraliza, Bernardo. Pág. 443

⁶¹ ALMONACO FAUNDEZ Francisco, La Extinción de los Actos Administrativos. Santiago de Chile 2013. Quien cita a MORAGA KLENNER, Claudio. Apuntes de Clases, Notas sobre la validez y efectos de los actos administrativos . Santiago de Chile, Universidad de Chile. Facultad de Derecho 2002

Existen varias diferencias entre la caducidad y la prescripción ya que existe una cierta confusión entre ambas jurídicas, para lo cual a continuación mencionaremos las características y diferencias más acertadas de cada una de estas:

- Tanto la prescripción como la caducidad son instituciones en las cuales se manifiesta un determinado efecto jurídico por el transcurso de un período de tiempo. Aunque son instituciones que existen en todas las ramas del Derecho, en el Derecho Administrativo tienen una serie de particularidades.⁶²

- La caducidad pone fin a la instancia y de cierta forma la inutiliza; mientras que con la prescripción, es la acción la que se extingue.

- La prescripción supone la extinción de un derecho o de una obligación por el transcurso de un determinado lapso de tiempo a partir de un concreto momento.

- La caducidad se puede hacer valer de oficio o a petición de parte; mientras que la prescripción solo puede hacerse valer a petición de parte.

- Con la caducidad se da la pérdida de todos los derechos procesales, a causa de la inactividad de las partes procesales de un juicio; con la prescripción se obtiene la pérdida de un derecho sustancial por el transcurso del tiempo.

- Los derechos que sirven de objeto a la caducidad pueden ser patrimoniales o no patrimoniales, mientras que los afectados por la prescripción son siempre de carácter patrimonial.

- La caducidad es una figura irrenunciable, en cambio la prescripción se caracteriza porque el interesado puede renunciar a la misma.

- Los plazos para que se dé la caducidad no pueden suspenderse; mientras que la prescripción admite suspensión.

⁶² Véase <http://www.buscaoposiciones.com/foro/Oposiciones-Auxiliares-Administrativos-del-Estado-fmen-19-4153516.htm> consultado el 29 de abril del 2014

- La caducidad extingue plena y radicalmente el derecho o poder de que se trate, mientras que la prescripción, mientras o sea aceptada, no produce realmente la extinción del derecho, sino que deja a éste en una situación precaria.

Ahora bien, dentro de nuestro ordenamiento jurídico según lo ya revisado en el artículo número 28 de la Ley de Modernización del Estado señala claramente que la falta de resolución dentro del término de quince días o de ciento veinte días tratándose de reclamo tributario de conformidad a su ley especial, produce o *"provoca la caducidad de la facultad resolutoria de la autoridad que conocía la petición y por tanto, la pérdida de su competencia en razón del tiempo."*

Por lo que, una vez que se ha finiquitado el tiempo establecido mediante la norma jurídica, se opera la aceptación tácita por la aplicación del silencio administrativo lo que genera en consecuencia, que caduque la facultad de la administración para expedir una resolución, decisión administrativa que de ser emitida estaría fuera de término y es nula de pleno derecho. Puesto que ha nacido ya un derecho subjetivo autónomo, y contraviene a este acto presunto. Razón por la cual la nulidad del mismo imposibilita su convalidación como lo prescribe el artículo 94 del ERJAFE y el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que prescribe como nulidad a la resolución o procedimiento administrativo, la incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado quien la hubiera dictado.

Por tanto se podría concluir que, la inactividad material de la administración dentro de los términos previstos en el ordenamiento jurídico, hecho jurídico, al cual la ley le confiere efectos jurídicos por la aplicación del silencio administrativo origina en nuestra legislación, un derecho subjetivo autónomo lo que implica de igual manera, la pérdida de competencia del órgano resolutor al no haberse pronunciado en los plazos previstos en la norma,

2.4.2. Terminación

Efraín Pérez señala: *"La cesación se refiere a la terminación del acto por vía normal, principalmente por cumplimiento o por cualquier otra causa establecida en el ordenamiento jurídico, mientras que la desaparición del acto o su extinción se*

*produce por situaciones surgidas y no previstas normalmente como la caducidad, revocación, terminación anticipada, anulación, renuncia, etcétera".*⁶³

Un acto jurídico termina, de manera natural por lo manifestado anteriormente, esto quiere decir que los mismos han cumplido su objeto, finalidad o simplemente se agotado el proceso, dicho sea el caso, es evidente que la extinción de los actos administrativos y sus efectos se cumplen por el cabal cumplimiento de sus fines, satisfaciendo las necesidades públicas y en donde se ha culminado en debida forma por la exteriorización de la voluntad de la autoridad en integro cumplimiento a la ley.

La terminación del acto por vía normal, así como lo que tiene que ver con su efecto y validez se estiman vigentes hasta el momento en que se produce la terminación, en cambio en los otros casos, como la nulidad los efectos se retrotraen a la fecha en la que se expidió el acto. En el artículo 154 y 156 del ERJAFE se señala el agotamiento puede ser material o jurídico expreso o implícito y se refiere al cumplimiento del plazo o condición.

*"La resolución obedece al principio de congruencia y, por tanto, se refiere a las pretensiones que contienen las peticiones formuladas por el interesado, así como las cuestiones conexas a éstas y por ello, se prohíbe la reformatio in peius, esto es, agravar la situación jurídica del interesado, lo cual sólo causa la potestad de la administración de iniciar un nuevo procedimiento para sustanciar tal circunstancia, siempre que fuese procedente"*⁶⁴.

2.4.3. Revocación

La revocación del acto administrativo es un instrumento jurídico que tiene el órgano administrativo para dejar sin efectos en forma parcial o total un acto administrativo por razones técnicas, de interés público o de legalidad es muy común hallarlos en la llamada aclaración o dentro de la tramitación de un recurso administrativo a favor del administrado. El acto revocado puede tener vicios de forma o de fondo y por tal motivo es ilegítimo, es decir si se otorgaron válidamente a título precario, la

⁶³ PÉREZ Efraín, Manual de Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador. 2008, pág 97. Cit. Ant.

⁶⁴ Ibídem, pág. 264-266

revocación es procedente, por otro lado, si el acto no era expresamente y válidamente precario, la situación es más compleja.

Conforme lo señala Gustavo Rodríguez: "*(...) de la base de los actos administrativos (decretos, resoluciones, acuerdos, órdenes) no hacen tránsito a cosa juzgada. Para algunos se trata de un recurso extraordinario, destinado básicamente, a velar por la constitucionalidad la legalidad. Además, a adaptarse la Administración a las cambiantes necesidades del interés público y a evitar los agravios justificados de las personas, evitando que acudan en estos últimos casos a la vía judicial, lo cual reafirma el carácter o contenido jurisdiccional del acto que revoca directamente otro anterior.*"⁶⁵

La revocación o derogación de los actos administrativos, consiste en poner fin a la eficacia de un acto administrativo por la propia administración mediante un acto de contrario imperio, en caso de que aquel vulnere el interés público general o específico de la autoridad emisora. La revocación es realizada por la misma autoridad o su jerárquico superior, la revocación procede cuando los vicios que contiene el acto son de nulidad relativa, y por motivos de oportunidad pues es contrario al interés público.

Las características de la revocación de los actos administrativos son:

- Dejar sin efecto alguno el acto lícito o regular
- Procede de oficio o a petición de parte
- La revocación compete al órgano que dicto el acto administrativo
- La revocación debe fundarse en razones de mérito, conveniencia u oportunidad, entendiéndose limitada por la consumación de los efectos del acto por la existencia de derechos adquiridos.

La revocación en líneas generales se podría decir que es un acto administrativo por medio del cual se deja sin efecto otro anterior, emitido sobre el mismo asunto sea por razones de falta de oportunidad o de conveniencia al interés público, o en caso

⁶⁵ RODRÍGUEZ Gustavo Humberto, Derecho Administrativo - Teoría General. Tomo I, Ediciones Librería del Profesional. Cit. Ant.

de que sea decisión administrativa sea ilegítima, es decir que la misma pueda ser contraria a la razón, a la justicia y al derecho positivo. Podríamos decir que los actos administrativos pueden ser revocados por la misma autoridad que emitió el acto o por el superior jerárquico en cualquiera que sea el tiempo, en razón de que estos rebasan la esfera de la administración interior de la entidad y están orientados al ordenamiento solo de la entidad. No se generan efectos jurídicos directos en terceros.

La capacidad legal es uno de los requisitos más importantes para la revocación de un acto administrativo, puesto que las autoridades administrativas deben estar capacitadas legalmente para emitir un acto revocatorio, toda vez cabe redundar, que en derecho administrativo es esencialmente permisivo solo puede hacerse lo que esté dispuesto en la ley.

Esto es muy importante puesto que no solo tiene que cumplir la finalidad de la administración pública sino también, la satisfacción de las necesidades colectivas, ya que el acto evidentemente lesiona el bien social, y debe contarse con un mecanismo para retrotraer el acto antes de que pueda ocasionar una daño a la sociedad y así eliminarlo de la vida jurídica, este mecanismo se le puede usar de oficio o a petición de parte, ya sea por el mismo servidor público, por el jerárquico superior, por otro órgano administrativo o por acción judicial.

En cuanto a la capacidad en sede administrativa la misma autoridad administrativa es aquella que puede revocar el acto, ya que estos servidores están en la aptitud de dejar sin efecto sus resoluciones, por propia iniciativa o de oficio, de lo contrario cualquier puede solicitarlo siempre y cuando no afecte los derechos subjetivos del interesado, por otro lado la autoridad jerárquicamente superior a aquella que lo emitió, en los casos en los que se mantenga una supra y subordinación jurídica, siempre y cuando la ley lo permita también están en capacidad de revocar el acto administrativo emanado por la autoridad inferior. La consulta administrativa es uno de los métodos más eficaces para que se alcance la eficacia jurídica requerida para la emisión del acto, es así que la autoridad superior podrá pronunciarse, reformando, confirmando o revocando el acto del inferior.

Es importante recalcar que cuando esta revocación se hace de oficio es necesario utilizar la avocación administrativa, cuando el superior se encuentra capacitado para disponer al inferior que remita el proceso administrativo con el fin de estudiarlo y pronunciarse de manera definitiva sobre el acto en cuestión, como se ha visto hay corrientes doctrinarias que sostienen que el acto administrativo puede ser emanada por el superior jerárquico por la institucionalidad jurídica de la avocación administrativa, puesto que los asuntos del inferior pueden ser conocidos por el inferior "*bajo la aplicación de "quien puede lo más puede lo menos"*"⁶⁶; por otro lado es importante destacar que en derecho administrativo las autoridades pueden aplicar lo que dice la Constitución y la ley para precautelar los intereses superiores, por lo tanto la aplicación de esta viene a ser por medio del principio de la administración pública.

Otra manera de revocar un acto administrativo es cuando un órgano externo a la entidad de la cual provino el acto podría estar en la capacidad plena y tutelar de precautelar el bien común y por lo tanto poder reformar o revocar un acto administrativo de quien emitió el acto, estos órganos por lo general tienen la capacidad de confirmar, reformar o revocar los actos puestos en su conocimiento.

Mediante la vía judicial se puede lograr que los actos administrativos impugnados legalmente, mediante un recurso contencioso administrativo, con el fin de que un Juez competente los declare nulos o ilegales. "*Los efectos que tienen la declaratoria de ilegalidad de un acto son de efectos revocatorios, tanto que su anulación significa eliminación de la vida jurídica del acto administrativo; la primera tiene efecto futuro únicamente, mientras la segunda puede tener efecto retroactivo*"⁶⁷.

En la legislación ecuatoriana es importante señalar que los órganos competentes para conocer de los actos administrativos impugnados en vía judicial son los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y por recurso de casación la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, así también para la materia correspondiente están los Tribunales Distritales Fiscales, y el Tribunal Constitucional en lo que tiene que ver con la declaratoria de inconstitucionalidad de

⁶⁶ SECAIRA DURANGO Patricio. Derecho Administrativo. Primera Edición. Editorial de la Universidad Particular de Loja. Loja Ecuador. 2011. Cit. Ant.

⁶⁷ Ibídem SECAIRA. Cit. Ant

los actos administrativos emanados del poder público, los mismos que de igual manera tienen efectos revocatorios, la característica de la resolución declaratoria de inconstitucionalidad no podrá ser impugnada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo antes mencionado.

Según Linares la revocación del acto administrativo la define como: *'(...) a la alteración de un acto administrativo por su autor o superior de modo tal que el acto, en sus consecuencias normativas, desaparece del orden jurídico o subsiste modificado.'*⁶⁸

De modo general pudimos señalar que la mayoría de los actos administrativos eventualmente son sujetos de revocación, siempre y cuando la naturaleza de los mismos los permita según lo determina el mandato legal. Por lo que es necesario señalar aquellos actos administrativos que no son susceptibles de revocación en general y no procede cuando:

- Aquellos actos administrativos provenientes de la facultad discrecional de la administración, es decir, la libertad jurídicamente otorgada a la administración señalando la generalidad en la que deberá pronunciarse y no referente al caso concreto; dicho de otro modo, es la facultad de la que esta investida el servidor para apreciar libremente los asuntos puestos en su conocimiento para su resolución, todo dentro de un margen legal, hoy por hoy, esta discrecionalidad se encuentra delimitada por el derecho al debido proceso y las garantías constitucionales de las que está provisto el administrado y es el marco jurídico que no puede ser inobservado por la autoridad administrativa.

El artículo 7 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa refiere como actos discrecionales a los que corresponden realmente a esta categoría y son los siguientes:

"a) Las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar dichas disposiciones.

⁶⁸ LINARES Juan F. Acto y Procedimiento Administrativo. Editorial PLUS ULTRA. Buenos Aires Argentina, 1975.

b) Las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, salvo las que versaren sobre concesiones regladas por la ley.

c) Las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o un reglamento, a los funcionarios públicos que prestan servicios especiales."

Es muy importante mencionar que los actos discrecionales son revocables cuando emitidos han generado derechos en terceros y estos solamente en caso de que el beneficiario los consienta se podrán revocar, de lo contrario será necesario que la administración pública deberá interponer el recurso de lesividad para que el órgano jurisdiccional los retire de la vida jurídica cumpliendo con los requisitos pertinentes.

- Los actos administrativos certificatorios, que no son otra cosa que los actos simples que no son susceptibles de revocación, ya que es una manifestación de la autoridad pública al dar fe de la existencia de un documento que consta en los archivos o registros de la entidad pública; la errónea información que pueda contener este tipo de actos podrá tener connotaciones civiles o penales dependiendo el caso.

- Los informes o dictámenes, donde cabe hacer la aclaración que el informe solo expresa la descripción detallada y cronológica de un hecho mientras que el dictamen expresa un juicio de valor o una opinión acerca de un determinado tema, es así que por lo tanto los informes no son revocables, por tener elementos meramente referenciales, mas por otro lado los dictámenes puesto que estos si evidentemente producen efectos inminentes, inmediatos, al mismo tiempo de que son emitidos, lo cual es necesario revocar vía consultiva nuevamente, para de ser necesario dejarlos sin efectos.

- Autorizaciones y aprobaciones, que tienen que ver con la aplicación o ejecución del ordenamiento jurídico, lo cual permite regular el accionar de los individuos a fin de que estos no vulneren el interés público o el derecho de los particulares. Al extender esta autorización por parte de la autoridad administrativa, este permiso o licencia genera en el administrado beneficiario de la misma, una serie de derechos sobre la

misma por las facultades entregadas; en razón de lo que éstas no podrán ser revocadas; para revocarse este tipo de actos que pueden lesionar o conculcar derechos de otros, se puede de igual manera realizar una acción de lesividad, en caso de ser un caso no previsto en la ley porque de lo contrario, es originador de de indemnizaciones por daños y perjuicios en contra del administrado beneficiario del mismo.

- Inscripciones o registros, es decir cuando un acto administrativo decisorio tenga que estar debidamente registrado en la administración pública, es decir esta certificación anotada por el funcionario mediante la cual certifica un efecto jurídico con el fin de que este cause los efectos jurídicos deseados. Esta no puede ser eliminada del registro ni revocada como tal por lo que al haber un acto motivador que sufra la modificación o eliminación de la vida jurídica esta tendrá que dejarse constancia dentro del mismo acto como un nuevo hecho, constituyendo un nuevo registro. La decisión no la toma el servidor, sino la autoridad con capacidad de resolución en todo caso, estos serán quienes acuerden algo y el registro lo conviertan en una solemnidad sustancial para que surta los efectos legales que se requiere.

- Los que han generado derechos en terceros legítimamente, esto o es otra cosa que los que puedan alterar los derechos subjetivos del beneficiario necesitarán el consentimiento expreso del beneficiario para que este pueda tener los efectos jurídicos deseados, sino habría que seguirlo mediante una acción jurisdiccional como se ha anotado anteriormente.

- Los nombramientos, ya que la autoridad en su ejercicio de autoridad nominadora de la administración no es susceptible de revocatoria peor en el caso que se haya posesionado como tal.

Las consecuencias de la revocación de los actos administrativos se presentan las mismas consecuencias que para el acto revocado por ilegitimidad con la diferencia de que el efecto es, o las consecuencias son, solamente para el futuro desde el momento que el acto era válido y se revocó por inoportunidad por ser válido y no inválido, es decir la revocación solo surte efectos para el futuro. Si hablamos de los efectos materiales que provoca el acto administrativo revocado, también podríamos

señalar especialmente que la ejecutoriedad deben aplicarse los mismos principios que para la ejecutoriedad propia de la revocación.

La revocatoria de los actos administrativos conforme lo señala el ERJAFE:

"Artículo 170.- Revocación de actos y rectificación de errores.

1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorable, siempre que tal revocación no constituya dispensas o exenciones no permitidas por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico.

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

De lo que podemos deducir que la revocación en el Ecuador opera fundamentalmente en actos desfavorables o que ocasionen gravamen al administrado siempre y cuando tal revocación no constituya contravención al ordenamiento jurídico, al principio de igualdad e interés público, por lo que se reitera que no se puede revocar los actos que reconocen o crean derechos subjetivo a favor de los administrados una vez que el mismo ha sido notificado, y hay que enfatizar que la revocatoria opera únicamente en sede administrativa conforme nuestro ordenamiento jurídico.

Por lo tanto si hay que entablar la anulación de los actos declarativos de derechos y no anulables se requiere la declaratoria de lesividad para el interés público y debe ser impugnada ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, según lo estipulado en artículo 97 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

"Artículo 97 LESIVIDAD.- La anulación por parte de la propia Administración de los acto declarativos e derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.

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

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

2.4.4. Nulidad y anulabilidad

La nulidad es la sanción por incumplimiento de los requisitos señalados para la perfección de un acto jurídico. Se debe recalcar que el ordenamiento jurídico prescribe condiciones de admisibilidad jurídica de una actuación que se proyecta al mundo del derecho, debe así mismo indicar los mecanismos de protección para que sus previsiones no sean desconocidas.

Para Alessandri Besa, la nulidad es "*(...) la sanción legal establecida para la omisión de requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de un acto (...) la ley, por lo general, sanciona siempre la omisión de los requisitos que ella considera indispensables para que un determinado acto jurídico produzca todos los efectos que le son propios.*"⁶⁹

En tanto la nulidad se caracteriza por una natural privación de los efectos jurídicos del acto; o elementos indispensables para la realización del acto y una consecuencia de estricto orden legal, de estos elementos se puede llegar a concluir que la nulidad se genera o nace en la formación misma del acto, es decir, en anomalías de los elementos que tienen efectos indudables en el mundo de la eficacia el acto específicamente en cuanto a su ejecutoría.

Precisando los alcances de la nulidad absoluta García de Enterría y Tomás Ramón Fernández enseñan: "*Se dice de un acto o negocio que es nulo, con nulidad absoluta cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece de ab initio de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de*

⁶⁹ ALESSANDRI BESA, Arturo. La nulidad y rescisión en el derecho civil chileno. Santiago de Chile. Pág. 4 y 6

*invalidez o ineficacia comporta una serie de consecuencias características; ineficacia inmediata, ipso iure, el acto, carácter general o erga omnes de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción".*⁷⁰

Hay corrientes que sostienen que por un lado la declaratoria de nulidad del acto administrativo produce efectos retroactivos a partir del momento en que el acto surgió a la vida jurídica, es decir haciendo que el acto nulo automáticamente deje de existir. Por otro lado hay quienes aceptan que las situaciones individuales generadas a partir de un acto que ha sido declarado nulo, sostiene que los efectos de la nulidad tan solo pueden ser hacia el futuro, esto es, a partir del momento en que el acto respectivo quede firme. La nulidad puede ser administrativa o jurisdiccional pues pueden ser dictadas por un juez o una autoridad jerárquicamente superior, esta procede también cuando los actos administrativos están afectados por vicios de nulidad absoluta, procede por motivos de legalidad, y es un acto efectivamente contrario al ordenamiento jurídico.

Es importante recalcar que en nuestro ordenamiento jurídico es necesario de la impugnación al acto administrativo ante la autoridad competente, puesto que el acto por sí mismo está provisto de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

Siguiendo lo señalado por Patricio Secaira respecto de los actos administrativos nulos dentro de nuestro ordenamiento jurídico nacional, podemos decir que: *"El acto administrativo nulo es aquel que nace sin ningún efecto jurídico; pues su defecto de contradicción jurídica es tan evidente o manifiesto que de su simple apreciación y análisis surge su ineficacia, su invalidez jurídica. La propia administración pública tiene competencia para reconocer la nulidad, mediante la expedición de otro acto que lo deje sin efecto, siempre que no haya declarado derechos subjetivos y no se lo haya publicitado; pues caso contrario; esto es cuando hace tal declaración y la notificación se ha producido, goza provisoriamente de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y solo puede quedar sin efecto por decisiones jurisdiccionales que siempre tendrá efectos retroactivos".*⁷¹

⁷⁰ MORALES TOBAR Marco, Derecho Procesal Administrativo, EDILOJA Cía. Ltda., Primera Edición, 2012, página 173; Cita a GARCÍA ENTERRÍA y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, página 618. Cit. Ant.

⁷¹ Ibídem SECAIRA. Pág. 173. Cit. Ant.

La nulidad en los procesos contenciosos administrativo, tienen unos efectos totalmente diferentes; no solo busca que el orden jurídico del Estado sea reparado, por lo tanto involucra una pretensión general y no particular. En este sentido la pretensión no favorece aspiración individual alguna. Desde este punto de vista, el efecto de nulidad, debe respetar indudablemente las situaciones que se han desprendido del acto nulo, constituyendo decisión independiente.

Con esto, vale la pena señalar que los actos administrativos a pesar de que tienen presunción de legitimidad y ejecutoriedad no es absoluta, en virtud de que es obligación de las cortes, tribunales y autoridades administrativas de salvaguardar la supremacía de la Constitución a través del control constitucional difuso de los actos de los poderes públicos, previamente enunciado conforme lo prescrito en el artículo 173 de la Carta Política.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en el ERJAFE determina los casos de nulidad de pleno derecho en el artículo 129 que dice:

"1. Los actos de la Administración Pública son nulos de pleno derecho en los siguientes casos:

- a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;*
- b. Los dictados por órganos incompetentes por razón de la materia, del tiempo o del territorio*
- c. Los que tengan un contenido imposible*
- d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta;*
- e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;*

- f. *Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquiriera facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y,*
- g. *Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.*

2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho la disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, la leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas de ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales."

Como se puede observar en la norma citada anteriormente los derechos de los actos administrativos, salvaguarda los la vigencia de los derechos y libertades consagrados en la Constitución, así como la supremacía de la norma. La revisión de los actos nulos se encuentran claramente expresados en el artículo 167 del ERJAFE.

Los actos administrativos son anulables cuando adolecen algún tipo de irregularidades no constitutivas de nulidad mayor como las anteriormente mencionadas.

Sobre estos actos administrativos anulables lo señalan los autores García Enterría y Tomás Ramón Fernández lo siguiente:

"La anulabilidad se establece por el ordenamiento en beneficio exclusivo del particular afectado del acto viciado. Para ello se reconoce a este la posibilidad de reaccionar contra el mismo y solicitar la declaración de nulidad del acto. Si esta reacción del afecto no se produce el ordenamiento se desentiende del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de la seguridad jurídica, con la que se estima incompatible el mantenimiento de una situación de pendencia prolongada. Por las mismas razones, la propia Ley permite la convalidación de los

*actos anulable, subsanando los vicios de que adolezcan, convalidación que producirá efectos a partir de la fecha en que tenga lugar (art. 67 LPC)."*⁷²

De lo que podemos deducir que el supuesto de anulabilidad se circunscribe a una infracción menor al ordenamiento jurídico, remediable mediante convalidación de errores puesto que el acto aún está investido de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, se determina dentro de este un límite de tiempo para su impugnación, en resguardo de la seguridad jurídica y satisfacción de los fines públicos. Por regla general la anulación del acto debe ser invocada únicamente por las partes interesadas pues como lo señala Secaira: "*instancia administrativa solo es potencialmente nulo y los órganos de la administración no pueden anularlos por sí mismos, salvo disposición legal expresa.*"⁷³

En nuestra legislación en el artículo 130 del ERJAFE señala:

"Art. 130 Anulabilidad.

- 1. Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso desviación de poder.*
- 2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*
- 3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho."*

Por lo que para la anulabilidad de los actos habrá que poner especial importancia en los vicios de los cuales este afectado el acto, para de lo contrario se inicie los recursos administrativos correspondientes con el fin de salvaguardar los intereses del administrado y preservar el ordenamiento jurídico lesionado en el proceso.

⁷² MORALES TOBAR Marco, Derecho Procesal Administrativo, EDILOJA Cía. Ltda., Primera Edición, 2012, pagina 179; Cita GARCÍA ENTERRÍA y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomos I y II. Civitas Ediciones. Madrid España. Pág. 646. Cit. Ant.

⁷³ MORALES TOBAR Marco, Derecho Procesal Administrativo, EDILOJA Cía Ltda, Primera Edición, 2012, pagina 173; Cita SECAIRA, 2005, página 207. Cit. Ant.

El doctor Clotario Salinas Juez de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, para obtener la nulidad de los órganos judiciales, de conformidad con nuestro sistema jurídico, en aplicación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Para los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández dice que acto administrativo es "*(...)la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizado por la administración en ejercicio de la potestad administrativa distinta a la potestad reglamentaria*"⁷⁴, definición que concuerda con la de Ismael Farrando y Patricia R. Martínez, que dicen es "*(...) una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma directa e inmediata.*"⁷⁵

La nulidad del acto administrativo por tanto solo puede pretenderse mediante recursos objetivos o mediante recursos subjetivos; en nuestra realidad nacional hay que recalcar que existen muchas confusiones en cuanto a la nulidad de un acto administrativo impugnado mediante recurso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo y la nulidad mediante recurso objetivo o de anulación.

La acción contencioso administrativa, puede interponerse mediante los recursos de plena jurisdicción o subjetivo contra cualquier acto administrativo emanado de un organismo del sector público que lesione un derecho subjetivo individual. Este recurso tiene como fin amparar el derecho subjetivo del recurrente, que ha sido presuntamente negado, desconocido, o no reconocido por la administración; mientras que el recurso objetivo de anulación se lo denomina como "tutela", ya que busca el cumplimiento de la norma jurídica transgredida la misma que puede ser interpuesta por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando ante un Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal, por lo que esta tiene el único propósito de lograr la nulidad de la resolución emanada de un ente público y restablecer el imperio jurídico afectado.⁷⁶

Conforme lo señala la doctrina y la jurisprudencia en materia de derecho administrativo es necesario recalcar que el acto es nulo en la vida jurídica nunca

⁷⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo !. Editorial Civitas S. A. Madrid España. 1997. Cit. Ant.

⁷⁵ FARRANDO Ismael y MARTÍNEZ Patricia. Manual de Derecho Administrativo. Ediciones Depalma, Buenos Aires. 1996. Cit. Ant.

⁷⁶ LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, inciso 2 del artículo 3

existió, en tanto, que el ilegal se considera que existió, pero no puede factiblemente cumplirse sus efectos jurídicos, por lo que es inexistente.

Un caso muy particular por el cual se dictan una serie de fallos declarando la nulidad del acto, tenemos por falta de motivación que sustente el fundamento para su promulgación es elevada a la Carta Magna de la República⁷⁷, como obligación constitucional y como elemento formal del acto administrativo. En este sentido Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández acertadamente expresan: *"la motivación (...) es un medio técnico de control de la causa del acto. Por ello no es un requisito meramente formal, sino de fondo (...) la motivación es interna corporis, no externa"*.⁷⁸

Nuestra Constitución claramente señala en el literal I del artículo 76, que la motivación es esencial dentro de la expedición de cualquier acto administrativo y dice: *"No habrá motivación si la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y se explica la pertinencia de la aplicación a los antecedentes de hecho (...) los actos administrativos, resoluciones o fallos que no están debidamente motivados se considerará nulos"*.⁷⁹

⁷⁷ REGISTRO OFICIAL No 449 de 20 de octubre del 2008.

⁷⁸ ENTERRÍA GARCÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Editorial Civitas S.A. Madrid España. 1997. Cit. Ant.

⁷⁹ Ibídem ENTERRÍA GARCÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Ramón ⁷²

CAPÍTULO III
DECAIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO COMPARADO

3.1. Decaimiento del acto administrativo

Ahora adentrándonos más al tema motivo de esta tesis, hablaremos de lo que es el decaimiento del acto administrativo, como una forma de terminación de los actos administrativos, el mismo que ha sido incluido en varias legislaciones latinoamericanas y que ha sido de gran ayuda para evacuar las pilas de procesos administrativos sin resolverse o sin un tratamiento adecuado dentro de su ordenamiento jurídico.

El decaimiento del acto administrativo es llamado también como de desuso para Efraín Pérez se refiere a: "(...) *la falta de aplicación del mismo. El decaimiento se produce cuando la Administración no ha aplicado el acto y este ha perdido su efectividad y vigencia. También la doctrina cita la inutilidad del acto administrativo por causa superviniente, por ejemplo en el caso de destrucción de un terreno sobre el que existe concesión, licencia de obras.*"⁸⁰

Podríamos decir que el decaimiento es otra de las causas naturales de extinción de los actos administrativos a aquellas que se producen a consecuencia del acto en sí mismo, de su contenido, sin la intervención de otro acto o ley posterior que vaya en contra de éste. Al no haber intervención de autoridad para extinguir sus efectos, los actos, siendo válidos, dejan de producirlos por una causa prevista en ellos o independiente a ellos.

Para Enrique Silva el decaimiento en "*la literatura clásica ha señalado que el acto administrativo decae cuando desaparecen los presupuestos de hecho y/o de derecho que movieron a la Administración a emitirlo o porque se hace inutilizable. En sus efectos, el decaimiento producirá una inexistencia sobreviniente, pero solo de los efectos del acto, pues éste, a lo menos desde el punto de vista formal, continuaría vigente, aunque estéril.*"⁸¹

⁸⁰ PÉREZ Efraín, Manual de Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito Ecuador. 2008, pág. 98. Cit. Ant.

⁸¹ CORDERO VEGA, Luis. El Decaimiento del procedimiento Administrativo Sancionador. Véase en la web http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2011/12_Cordero.pdf quien cita a SILVA CIMMA, Enrique. Derecho Administrativo Chileno y Comparado (Editorial Jurídica de Chile) 1995. Página 160-161. Consultado el 03 de mayo del 2014

Dentro de la doctrina, específicamente de la latinoamericana, se ha seguido una explicación canónica expresada por el profesor Uruguayo Sayagués Laso, quien sostenía que los actos administrativos pueden perder su eficacia jurídica independientemente de la voluntad de la Administración por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para su existencia. Por lo que el decaimiento de un acto administrativo puede producirse en diversas circunstancias: (a) desaparición de un presupuesto de hecho indispensable para la validez del acto; (b) derogación de la regla legal en que se funda el acto, cuando dicha regla era condición indispensable para su vigencia; (c) modificación del régimen legal que constituya un impedimento para el mantenimiento del acto.⁸²

En la literatura comparada, el decaimiento es explicado pura y simplemente en la cesación definitiva de la eficacia del acto administrativo, cuando, por desaparece el objeto sobre el cual el acto proyecta sus efectos⁸³ o los supuestos fácticos que le servirán de soporte⁸⁴, de manera tal que se produce la extinción del acto administrativo por razones objetivas, en la medida en que desaparece definitiva e irreversiblemente el objeto sobre el cual recae o personalidad de su destinatario.⁸⁵

De este modo, para que sea posible la figura del decaimiento como extinción del acto administrativo o sus efectos, es necesario que se den los siguientes presupuestos:

- a) Que exista un acto administrativo esencialmente terminal, pues lo que trata de resolver el decaimiento son los efectos que ocurren tras la dictación de un acto que produce efectos ininterrumpidos o permanentes⁸⁶;

⁸² *Ibídem* que cita a: SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, (Fundación Cultura Universitaria) Octava Edición, 2002. Página 520. Consultado el 03 de mayo del 2014

⁸³ *Ibídem* que cita a: BOCANEGRA SIERRA, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo. Thomson Ciitas. Tercera Edición. 2003. Pág. 133-134. Consultado el 03 de mayo del 2014

⁸⁴ GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I. Thomson Civitas. Decimo Tercera Edición. 2006. Pag 592. Cit. Ant.

⁸⁵ CORDERO VEGA, Luis. El Decaimiento del procedimiento Administrativo Sancionador. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. Principios de Derecho Administrativo, Tomo I. Thomson Civitas. Décimo Tercera Edición. 2006. Pag 592. Cit. Ant.

⁸⁶ CORDERO VEGA, Luis. El Decaimiento del procedimiento Administrativo Sancionador. Menciona a CALDERA DELGADO, "Manual de Derecho Administrativo". Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1979 nota 7 pág 192. Consultado el 03 de mayo del 2014. Cit. Ant.

- b) Que ocurra una circunstancia sobreviniente , que puede ser de tres tipos:
- i. De carácter fáctico que afecta la existencia del supuesto hecho que habilita para la dictación del acto;
 - ii. Que afecte el objeto sobre el cual produce sus efectos el acto administrativo;
 - iii. De carácter jurídico, es decir, una alteración sobrevenida a la regulación de los efectos del acto, sea que la derogue o que lo modifique sustantivamente.

El decaimiento se hace cargo de ilegitimidades sobrevinientes que pueden afectar la legalidad de un acto administrativo, pero, dado que su origen éste es ajustado a derecho (porque es en ese momento en donde se deben analizar los vicios del acto)⁸⁷, el sistema legal ocupa el decaimiento para sin cuestionar legalidad ex post considerar que los efectos del acto no se pueden sostener porque los presupuestos reglados del acto administrativo (supuesto de hecho, objeto y obligaciones) han desaparecido o se han alterado sustancialmente por una regulación posterior. Por lo tanto, la figura del decaimiento solo puede presentar en la eficacia y vigencia del acto administrativo, pero no puede eliminar su procedimiento, pues este último solo cumple la finalidad de ser el vehículo para dictación del mismo.

El decaimiento como hemos podido apreciar es una manera natural de terminar con los efectos de un acto administrativo, por la pérdida de la eficacia del mismo, a que las circunstancias sobrevinientes que hacen desaparecer el hecho o de derecho del acto, razón de su existencia. De manera que en el primer caso de que ya no exista esa realidad fáctica que motivo el acto en un inicio, puede tomarlo carente de todo sentido práctico, haciéndolo de esta forma, que sea infructuosa la producción de sus efectos jurídicos, teniendo en cuenta que los mismos no tienen sobre que producirse, o no hay realidad sobre la cual aplicarse, consecuentemente se

⁸⁷ CORDERO VEGA, Luis. El Decaimiento del procedimiento Administrativo Sancionador. Hace mención en: *"Existe amplio acuerdo en la literatura en torno a que los vicios del acto administrativo, para que tenga efectos invalidantes, deben ser coetáneos a su dictación, es decir, se debe cumplir el denominado principio de contemporaneidad del acto y la invalidez, lo que supone que la evaluación de la legitimidad del acto se circunscribe únicamente al momento del nacimiento o perfeccionamiento del acto, una vez que ingresa a la realidad jurídica, y no en una fase posterior. En este sentido, ver Jara"*. SCHNETTLER, Jaime. La nulidad del derecho público ante la doctrina y jurisprudencia. Editorial Libromar. 2004. Pág. 111; CANO CAMPOS, Tomás. La Invalidación sobrevenida de los actos administrativos. Thomson Civitas. 2004. Pág. 71. Cit. Ant.

extinguen los efectos del acto, mas no el acto como tal, quien permanecería como mera formalidad, puesto que el mismo sigue siendo válido a los ojos y vida del derecho.

Si la administración tratara de aplicar al acto decaído se produciría conforme lo señala Caldera Delgado: "*(...) una causal de ilegalidad o irregularidad que no afectaría, fundada en la inexistencia real del motivo invocado en el acto, lo que podría ser subsanado, volviendo su aplicación a tener total regularidad si las circunstancias sociales varían nuevamente ajustándose a aquellas que fueron la motivación original del acto. De esta forma, para este autor el decaimiento por circunstancias fácticas, no produciría una extinción definitiva, pero si indefinida en el tiempo*"⁸⁸

El segundo caso enunciado, desapareciendo el supuesto derecho que dio origen al acto, siendo el primero, indispensable para la vigencia y sentido del segundo, podríamos estar ante una hipótesis de derogación tácita de la norma contenida o expresada en el acto administrativo, o la simple cesación de sus efectos por la desaparición del ordenamiento jurídico de la regla de derecho en que se funda su existencia.

El decaimiento es una figura relativamente nueva dentro del estudio sistemático de la extinción de los actos administrativos, este se lo ve como un hecho independiente a la voluntad de la administración y "*se produce no solo por una alteración normativa sino también por la desaparición de un presupuesto de hecho que altere la relación entre la normas y el acto, o le hagan desaparecer su contenido. De tal manera el decaimiento es "la muerte de un acto por pérdida del contenido"* (Olguín, 1961).

Según Camila Osorio define al decaimiento como la: "*Extinción de un acto administrativo provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o derecho que afectan su contenido jurídico tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo*".⁸⁹

Al ser una forma de extinción del acto administrativo, por la desaparición de los motivos fácticos invocados para su dictación, este está caracterizado porque:

⁸⁸ CALDERA DELGADO, Hugo. "Manual de Derecho Administrativo". Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1979.

⁸⁹ Véase en la web <http://prezi.com/yn6-kf6n-o-8/decaimiento/> consultado el 06 de mayo del 2014

- Supone dejar sin efecto un acto administrativo lícito o regular
- Produce efectos a futuro

Los efectos de los actos administrativos, sería por el cumplimiento o agotamiento de su objeto o finalidad. En ese caso, es evidente que la extinción de los efectos vendrán por una causal ajena a la Administración, sin perjuicio que, como es claro, ello sería efecto del cabal cumplimiento de la función de la misma, en relación a la satisfacción de las necesidades públicas, para lo cual el acto administrativo es la exteriorización de la voluntad de la autoridad en torno al tema regulado en él. Es interesante hacer una distinción en cuanto los actos se agotan en su sola ejecución y aquellos que se dictan para tener una vigencia indefinida, en cuyo caso es necesario considerar la ejecución de su objeto y el logro de su finalidad por etapas, de forma gradual, hasta alcanzar el cabal e íntegro cumplimiento.

Podemos poner como ejemplo real en el caso de que dentro de un país se toman medidas sanitarias ante el peligro de una epidemia, las mismas que cesan cuando dicha epidemia ha terminado, este es un ejemplo típico en el que se podría determinar el decaimiento del acto, porque pasado el tiempo prudencial y determinado que el hecho fáctico es inexistente y al no haber un acto posterior que lo determine como finalizado o automáticamente se expide una norma para tratar dicha epidemia, el acto administrativo por el cual se determinó la medida sanitaria de epidemia automáticamente a decaído por falta de un hecho factico que sostenga el mantenimiento de dicha disposición y, por existir norma expresa posterior que determina un protocolo a seguir, razón por la cual si bien el acto no deja de ser existente y válido a los ojos del derecho, es un derecho que decae por sí mismo al no poderse producir hechos futuros que sustenten la existencia del mismo.

Para Rubén Flores por lo tanto define al decaimiento así: "*Existe cuando se produce una alteración sustancial o extinción de uno de los elementos fundamentales del acto. En esos supuestos la Administración simplemente debe declarar ese decaimiento*"⁹⁰.

⁹⁰ FLORES DAPKEVICIUS Rubén. Los Actos Administrativos en el Derecho Uruguayo. Página 256

Razón por la cual en líneas generales en conclusión diríamos, que el decaimiento del acto administrativo es una forma de terminación de los actos administrativos que tiene por objeto concluir y finalizar un proceso administrativo que ha quedado inconcluso o en desuso por paso del tiempo y por falta de ejecutabilidad del mismo ya sea por hechos supervinientes o por un cambio en la norma sustancial que origino el acto en sí y razón por la cual y no tiene razón de ser y existir en la vida jurídica, muy independientemente de la validez o la legalidad del mismo.

Son interesantes las consideraciones que se hacen por parte de las Empresas de Energía Eléctrica Acueducto Alcantarillado y Teléfonos de Bogotá en cuanto a la liquidación de contratos de Obras Publicas del Instituto de Desarrollo Urbano dice que los actos administrativos nacen a la vida jurídica en procura de lograr un objetivo y una finalidad, su existencia por lo tanto está ligada al momento en que la voluntad de la administración se manifiesta a través de una decisión. De lo anterior se colige que la eficacia del acto comporta elementos de hecho, momento histórico de su expedición, y de derecho, conformidad con el ordenamiento jurídico, pero esta eficacia puede resultar vulnerada cuando quiera que se presentan situaciones que puedan generar la pérdida de la fuerza ejecutoria de los mismos.⁹¹

En esta legislación uno de los eventos previstos por los cuales un acto administrativo decae al no haber esta cuando el acto administrativo que ocurre desaparición los fundamentos de hecho y de derecho que lo motivaron en la expedición del mismo. Al respecto también señala que la jurisprudencia de este país que "*... todos los actos administrativos, ya que la ley no establece distinciones, en principio, son susceptibles de extinguirse y, por consiguiente, perder su fuerza ejecutoria, por desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto*".⁹²

Dentro de este mismo análisis la Corte Constitucional de Colombia dentro de la providencia C-069 de 1995 con ponencia de Hernando Vergara, al respecto manifiesta: "*El decaimiento de un acto administrativo se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento, desaparecen del escenario jurídico (..) pues si bien es cierto que todos los actos administrativos son*

⁹¹ <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5189>. Consultado el 15 de mayo del 2014

⁹² *Ibidem*, Alcaldía de Bogotá. CONSEJO DE ESTADO 1 de agosto de 1991 C.P. Dr. Miguel Gozález Rodríguez. Consultado el 15 de mayo del 2014

*obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, también lo es que la misma norma demandada establece que "salvo norma expresa en contrario", en forma tal que bien puede prescribirse la pérdida de la fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto jurídico, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del acto o de inexecutable del precepto en que este se funda, decretando por providencia judicial, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, en razón precisamente de haber desaparecido el fundamento legal del objeto del mismo*⁹³. (subrayado fuera de texto)

De lo anterior me parece interesante acotar que existe un fallo de mayoría dictado el 18 de octubre del 2013, mediante el cual la Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, resuelve la casación del caso presentado por Dr. Luis Alberto Ordóñez Córdova, de la sentencia dictada el 18 de noviembre del 2009 por el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo, mediante la cual se declara parcialmente a lugar la demanda incoada en contra de la Contraloría General del Estado para impugnar la Acción de Personal No. 281 de 02 de agosto de 2007 suscritas por las altas autoridades de esta institución mediante la cual remueven de sus funciones al Delegado Provincial de la Contraloría General del Estado de Esmeraldas.

Se admite a trámite el recurso interpuesto por la causal tercera de la Ley de Casación, por aplicación indebida del artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; y por la causal tercera, por falta de aplicación de los preceptos jurídicos aplicables para la valoración de la prueba infringiendo el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil puesto que no se toma como prueba por parte del actor quien sostiene que las acciones de personal Nos. 0144 de 18 de abril del 2001 y 0854 de 26 de noviembre de 2001, le facultan derechos adquiridos como funcionario de carrera y por lo tanto aduce que la Contraloría General del Estado ha aplicado una norma nueva con efectos retroactivos.

La Sala aduce que el servidor antes señalado al ser de carrera y el cual está protegido por la estabilidad laboral y la Contraloría si bien tenía la atribución jurídica para disponer su cesación debió tomar en cuenta que para tomar en cuenta que se

⁹³ Ibidem. Alcaldía de Bogotá.

dio un nombramiento definitivo al doctor Ordóñez por lo que desvirtúa las aseveraciones del Tribunal de primera instancia que señala que no hubo pruebas de que el mismo fuera funcionario de carrera, por cuanto "*(...) por cuanto si el cargo de Delegado Provincial de la institución, al momento del nombramiento no estaba excluido expresamente de la carrera administrativa y se cumplieron con las disposiciones para la emisión del nombramiento definitivo a favor del actor, se concluye que el servidor es de carrera*".

Ahora bien la norma que la Contraloría aduce para dar por cesadas las funciones del demandante es el artículo 35 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, norma que rige con posterioridad es decir al Registro Oficial No. 595 de 12 junio de 2002; con posterioridad a la emisión de este nombramiento definitivo, es interesante pero esta norma precisa muy claramente que es facultad del Contralor General del Estado el nombrar y remover libremente a sus delegados provinciales, por lo que la sala aduce que no pudo tener efectos jurídicos legítimos en la remoción del doctor Ordóñez, porque la Sala aduce "*(...) en primer lugar porque, como queda expuesto, este funcionario estaba protegido por la carrera administrativa; y, en segundo término, porque se estaría atentando al principio de irretroactividad de la ley, consagrado en el artículo 7 del Código Civil, cuya excepción no está contemplada para la materia normada por la referida Ley. Con todo lo expuesto, el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo, realizó una indebida aplicación del artículo 35 citado, y trasgredió el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, al realizar una incompleta y equivocada valoración de la prueba actuada por el procesado*".

Con este antecedente se casa la sentencia y se declara la nulidad de la Acción de Personal que dispone la cesación de funciones del delegado de Esmeraldas y se dispone su reintegro. Ahora bien lo interesante es que el 06 de enero del 2014 el doctor Carlos Pólit Faggioni, Contralor General presenta un recurso de aclaración respecto a la sentencia expedida por la sala antes mencionada por cuanto el, 18 de octubre del 2013 presenta un aclaración respecto de esta sentencia puesto considera que el fundamento de la misma adolece de oscuridad al no establecer los principios de estabilidad laboral y no retroactividad de la ley, para lo cual la sala no aclara lo solicitado por la parte por considerar que la sentencia es clara y que el demandante está protegido por ser de carrera administrativa y que no puede

aplicarse la norma posterior y por lo tanto es inaplicable, pues afecta la estabilidad laboral del demandante la cual se encuentra legalmente protegida y por lo tanto declara nula la cesación de funciones emitida por el Contralor General del Estado.

La Sala hace la siguiente reflexión y dice: "*(...) la doctrina como la jurisprudencia han hecho la distinción entre la declaración de nulidad de los actos administrativos. Se ha dicho que la ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie. Cuando se viola un derecho subjetivo o se emite un acto administrativo sin cumplir con los requisitos esenciales para su emisión se esa ante un acto ilegal, "mas tal acto ilegal es nulo únicamente cuando se encuentra en uno de los casos determinados en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, cando lo ha emitido autoridad carente de competencia para dictarlo o cuando no han precedido para su emisión los requisitos y condiciones señalados por la ley correspondiente; o sea cuando, conforme a la doctrina no se han cumplido los elementos esenciales del acto administrativo; el acto ilegal evidentemente existió solo que no es eficaz, en tanto que el acto nulo se lo reputa inexistente.*

De lo anteriormente expuesto se puede desprender claramente que estamos en un ejemplo muy común de decaimiento del acto administrativo, debido a que por ley expedida con posterioridad a la emisión del acto deja sin efecto ni razón de ser el estado anterior del mismo; como pudimos apreciar en el ejemplo anterior la legislación colombiana tiene previsto el decaimiento para este tipo de casos dentro de una norma positiva la cual prevé el decaimiento por expedición de norma posterior que lo derogue para precautelar este tipo de actos futuros que puedan vulnerar bienes superiores del Estado.

Ahora bien se deja a manera de reflexión lo siguiente, la Sala de acuerdo a la norma positiva y por tratando de salvaguardar el principio de legalidad y de irretroactividad de la norma, no le quedo otro camino más que dejar en un puesto de libre nombramiento y remoción que como su nombre lo indica debería tener todas las facilidades para que el mismo pueda ejecutarse eficientemente no solo por la delicadeza y confianza que el cargo implica, sino para poder salvaguardar y precautelar un bien protegido más grande que el particular, que es el bien común, a

la vista del análisis de esta investigación se ve necesario que este tipificado el decaimiento para precautelar un bien superior que es el del Estado.

3.2. Tratamiento del decaimiento en otras legislaciones y la doctrina de Latinoamérica.

3.2.1. Chile

En la legislación chilena es muy importante recalcar que se considera al decaimiento como la caducidad procedimental del acto, y es vista como la sanción a los derechos nacidos y se produce con posterioridad a la creación del derecho que por causa de un ilegal incumplimiento de obligaciones operando ésta como una sanción que extingue los derechos concedidos.

"La caducidad en el procedimiento administrativo opera como una sanción al abandono de parte del interesado. Esta caducidad procedimental, llamada en la doctrina italiana decadenza, consiste en la extinción de un acto administrativo por el incumplimiento del interesado o administrad, dentro del plazo determinado por la ley, de las obligaciones que se le imponen expresamente en el continente del pronunciamiento administrativo."⁹⁴

La caducidad procedimental o (decaimiento), en esta legislación se encuentra determinada sobre todo para los casos de concesiones como se encuentra manifestada en los artículos 6, del Código de Aguas de 1981, o el artículo 86 del Código de Minería y por hoy en opera en todos los procedimientos administrativos⁹⁵ y sólo durante los procesos concesionales por lo tanto sus efectos se encuentran limitados a ese procedimiento, evitando el llegar a adquirirlo definitivamente.

Para Alejandro Vergara Blanco, menciona que la caducidad es *"una institución íntimamente ligada al transcurso del tiempo, que se produce de manera automática una vez finalizada el plazo previsto"* y enfatiza que en todo ordenamiento jurídico, la

⁹⁴ Véase página 5 de la web

<http://vergarablanca.cl/Publicaciones/II.%20Derecho%20Administrativo/AVB%20II%2014%202004%20ADMINISTRATIVO%20notas%20caducidad%20fuente.PDF>. consultada el 06 de mayo del 2014

⁹⁵ Véase artículo 43 de la Ley 19.880. de 2003. De Cases de los Procedimientos Administrativos

caducidad procedimental tiene una naturaleza jurídica sancionadora, puesto que es sustancialmente un castigo por el incumplimiento administrativo.

Dentro de los requisitos señala para que se tenga lugar a la caducidad procedimental estas deben contener los siguientes presupuestos:

1. *Un plazo expresado en una ley o en un acto administrativo.*
2. *Una obligación expresada en un acto administrativo y que deba ser cumplida dentro del plazo señalado y*
3. *Una sanción procedimental expresamente prevista para el caso en que se verifique el incumplimiento de la obligación señalada.*
Esta sanción, en el procedimiento administrativo, consiste en el decaimiento de la petición y en el término anormal o anticipado de tal procedimiento.⁹⁶

Continuando con lo señalado por este autor la caducidad, es una institución jurídica que produce dentro de un procedimiento concesional dos tipos de efectos:

1. *Su efecto primario o principal se traduce en el decaimiento del derecho a proseguir el procedimiento y*
2. *Su efecto dependiente, derivado o secundario, se traduce en la terminación del procedimiento administrativo respectivo.⁹⁷*

Por lo que podríamos decir que se trata de un efecto, por una parte de sanción que establece la ley que opera como consecuencia de una actividad, ante la configuración de una causal por la que se extingue el derecho respectivo, el cual decae o desaparece. Y por otro lado, de un decaimiento de un procedimiento concesional, en virtud de la falta de actividad del peticionario, para esta legislación por lo tanto se distinguen tres tipos "Caducidad Procedimental", o "Caducidad-Decadencia" y una "Caducidad Sanción".

En la Ley General de Pesca y Agricultura LGPyA, en su artículo 43 señala que en el supuesto de que mediante un procedimiento administrativo destinado a otorgar o

⁹⁶ *Ibíd*em ⁸⁴ VERGARA BLANCO, Alejandro. Nota sobre caducidad como fuente de extinción de derechos y del decaimiento del procedimiento administrativo. Pág. 6. *Cit. Ant.*

⁹⁷ *Ibíd*em ⁸⁴ VERGARA BLANCO. *Cit. Ant.*

reconocer cierta clase de derechos, en el caso de inactividad o abandono por parte del interesado, opera la extinción del acto administrativo por su incumplimiento, dentro del plazo fijado en la ley, de las obligaciones que se le imponen dentro de dicho procedimiento. Por ende el procedimiento concluye por causa imputable al administrado producto de la inacción de la Administración o el administrado, lo que se traduce en la imposibilidad de continuar el procedimiento y no poder llegar al adquirir el derecho definitivo.⁹⁸

Como señalamos anteriormente en esta legislación dentro de la Ley de Procedimientos Administrativos en su artículo 43 que señala:

"Abandono. Cuando por la inactividad de un interesado se produzca por más de treinta días la paralización del procedimiento iniciado por él, la Administración le advertirá que si no efectúa las diligencias de su cargo en el plazo de siete días, declarará el abandono de ese procedimiento.

Transcurrido el plazo señalado precedentemente, sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración declara abandonado el procedimiento y ordenará su archivo, notificándosele al administrado.

El abandono no producirá por si solo la prescripción de las acciones particulares o de la Administración. En todo caso, los procedimientos de abandonados no interrumpirán el plazo de la prescripción."

Por lo que podríamos deducir que la figura del abandono del proceso administrativo, implica una clara infracción por inactividad del interesado, parece encontrar justificación desde la perspectiva propia del acto administrativo en la pérdida del interés que supone el abandono del procedimiento.

Existe una sentencia de 28 de diciembre del 2009, muy famosa dictada por la sala publicista de la Corte Suprema en una reclamación contra una multa impuesta por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles a Shell Chile S.A.C.I., fallo que

⁹⁸ SANTAMARÍA PASTOR, J.A. Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, Iustel, Madrid, 2004, pág. 82-85

acoge las reclamaciones por consideraciones formales, al haber dilatado excesivamente un procedimiento sancionatorio. Lo importante del caso fue que entre las formulaciones de los descargos por la imputada y la resolución de la cuestión infraccional el órgano reclamado dejó transcurrir cuatro años, dos meses y veintiocho días, plazo que excede todo límite de razonabilidad y contraria a diversos principios. *"Esa situación dio origen a juicio de la Corte al decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio, esto es su extinción y pérdida de eficacia, que justifica estimar ilegal el acto sancionatorio y acoger el reclamo"*⁹⁹.

La sentencia antes mencionada define al decaimiento: *"como la extinción de un acto administrativo, provocada por circunstancias sobrevinientes de hecho o de derecho que afectan su contenido jurídico, tornándolo inútil o abiertamente ilegítimo"*¹⁰⁰

Es acertada la misma cuando sostiene que el acaecimiento de ciertas circunstancias, hacen que el acto resulte inútil proseguirse con el mismo, ese tipo de razonamiento por lo general en el plano administrativo, porque los actos administrativos singulares siempre tienen un motivo configurado por circunstancias de hecho, que pueden ir evolucionando en el transcurso del tiempo.

La doctrina, especialmente la latinoamericana, ha seguido una explicación canónica expresada de antiguo por el profesor Uruguayo Sayagués Laso, quien sostenía que los actos administrativos pueden perder su eficacia jurídica independientemente de la voluntad de la Administración por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para su existencia. De este modo, mientras no exista sanción ejecutoriada, no se ha producido el acto terminal y, por lo tanto, no hay acto administrativo sobre los cuales se estén produciendo efectos permanentes que puedan ser afectados por el decaimiento.¹⁰¹ Este Criterio ha sido ampliamente seguido en Chile, en términos casi idénticos.¹⁰²

⁹⁹ Véase <http://decive.blogspot.com/2010/02/sobre-el-decaimiento-del-procedimiento.html>. consultado 06 de mayo del 20014.

¹⁰⁰ *Ibíd*em

¹⁰¹ SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, (Fundación Cultura Universitaria) Octava Edición, 2002. Página 520

¹⁰² Ver Ver OLGUÍN JUÁREZ, Hugo. Extinción de los Actos Administrativos Editorial Jurídica Chile 1961. Página 267-277. Cít. Ant. ; quien cita a CALDERA DELGADO Hugo, Manuel de Derecho Administrativo, Editorial Jurídica Chile. 1982, pág. 192-193; MADARIAGA Mónica. Seguridad Jurídica y Administración Pública en el Siglo XXI.

En la legislación chilena se diferencia del silencio administrativo puesto que esta solo puede ser solicitada cpor las partes y constituye una garantía para los ciudadanos, debido a que por este método transcurridos los plazos legales sin que la administración resuelva el procedimiento este puede tener efectos positivos o negativos.

3.2.2. Colombia

Para el derecho colombiano el decaimiento administrativo no desvirtúa la presunción de legalidad, ya que si bien es cierto que el carácter ejecutorio de los actos se fundamenta en si presunción de legalidad, por lo que al desvirtuarse ésta, los actos dejan de ser obligatorios y no pueden ejecutarse. Por lo cual en medida que la presunción de legalidad, en principio, tan sólo es desvirtuada por la jurisdicción especializada, "los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo" (CCA,art. 66). En vista de esto, existen momentos en que los que los actos dejan de ser ejecutorios, sin que ello implique que se ha desvirtuado su presunción de legalidad. Es aquí donde interviene lo que se conoce como "el decaimiento de los actos administrativos" por la pérdida de la fuerza de ejecutoria.¹⁰³

Para esta legislación tiene tres efectos el decaimiento del acto con el fin de que el acto pueda dejar de ser ejecutorio en primer lugar porque la jurisdicción administrativa ha declarado su "suspensión provisional", esto es un método de restricción a la presunción de juridicidad, que constituye una medida cautelar válida frente a la sospecha de ilicitud del acto demandado, que en sentencia declarada por autoridad competente tendrá por efecto la anulación del acto, después del procedimiento correspondiente que tienda a desvirtuar o no la presunción o no de la legalidad del hecho. En segundo lugar esta legislación señala que los actos pierden su fuerza ejecutoria cuando desaparezcan los fundamentos de hecho o de derecho que generaron el acto. Y en tercer lugar se lo considera como una sanción por la

Editorial Jurídica Chile. 1993. Pág. 106. y BOLONIA Germán. El Acto Administrativo. Lexis Nexis. 2005. Pág. 267. BERMÚDEZ SOTO, Jorge. Derecho Administrativo General. Abeledo Perrot- Legal Publishing. 2010. Pág. 104
¹⁰³ Véase <http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/versionelectronicaforo.pdf> consultado el 12 de mayo del 2014.

inactividad de la administración, al cabo de 5 años de firmeza del acto, cuando evidentemente no se han realizado los actos necesarios para su ejecución efectiva, es decir el legislador prevé de esta manera un límite temporal para su efectiva aplicación.

Si observamos el numeral 4 y 5 del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, se enmarcan los plazos claramente establecidos para este fin. Puesto que en el primer lugar la ejecutoriedad está ligada a la permanencia de una condición, sin la cual el acto no tiene fundamento; en el segundo lugar el acto establece un término concreto de su vigencia.

Éste es uno de los países con más legislación y jurisprudencia sobre el decaimiento del acto administrativo, esta figura para esta legislación es un fenómeno bien conocido, mas su aplicación no ha sido sencilla por lo que vale la pena reflexionarlo a partir de la jurisprudencia en los siguientes ejemplos:

El Decreto 1086 de 1997, fue una disposición de carácter temporal, la misma que fue demandada por Juicio de Validez, por la pérdida de su fuerza de ejecutoria.

Esta disposición fue de carácter meramente temporal, y rigió única y exclusivamente para la vigencia fiscal de 1997, en atención a su fundamento jurídico, en ese entonces el artículo 76 del Estatuto Orgánico autoriza al gobierno a que "*en cualquier mes del año fiscal*", a reducir o aplazar total o parcialmente las apropiaciones presupuestales, obviamente en relación con el Presupuesto de esa anualidad, en determinados eventos y en consecuencia, prohibir o poder someter a condiciones especiales la asunción de nuevos compromisos u obligaciones. (...) la Sala advierte que como la pérdida de fuerza ejecutoria naturalmente solo produce efectos a futuro, es válido el enjuiciamiento de la legalidad del Decreto demandado mientras estuvo vigente en su texto original.

Al respecto, cabe recalcar que el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo (anterior) prescribe, al regular la pérdida de la fuerza ejecutoria, que "*Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos: (...) 5. Cuando pierdan su*

vigencia (...)". A partir de esta norma, jurisprudencial y doctrinariamente se ha construido el instituto del "decaimiento del acto administrativo" como una suerte de "extinción" del mismo, que corresponde a la situación en la cual un acto administrativo que cobro firmeza deja de ser obligatorio al perder vigencia y deja de producir efectos jurídicos. Esta Corporación ha sostenido mayoritariamente que la figura del decaimiento del acto administrativo no impide el juicio de legalidad del mismo, en tanto éste debe realizarse según las circunstancias vigentes al momento de su expedición y habida consideración de que el decaimiento sólo opera hacia el futuro (...) En tal virtud, la presunción de legalidad que ostentan los actos administrativos tan sólo puede ser desvirtuada por el juez del acto, de suerte que el "decaimiento" del acto administrativo no trae aparejado el juicio de validez del mismo.¹⁰⁴

El decaimiento de un acto administrativo que se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento desaparecen del escenario jurídico. Cuando se declaran la inexecutable de una norma legal en que se funda un acto se produce la extinción y fuerza de ejecutoria del mismo. Bien puede prescribirse la pérdida de fuerza ejecutoria frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la vigencia del acto, que da lugar a que en virtud de la declaratoria de nulidad del mismo o de inexecutable del precepto fundante, decretado judicialmente, no pueda seguir surtiendo efectos hacia el futuro, por haber desaparecido su fundamento o su objeto legal.¹⁰⁵

Y es así que el que el Consejo de Estado dentro de la Sentencia No. C-069/95, procede a pronunciarse sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada por Maximiliano Echeverría, en contra del artículo 66 (parcial) de Decreto 01 de 1984 del Código Contencioso administrativo. El artículo decía:

"Artículo 66. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso

¹⁰⁴ Véase

<https://www.google.com.co/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&sqi=2&ved=0CD oQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.notinet.com.co%2Fpedidos%2Fadvertencia3..doc&ei=qFNuU62JGofmsATU soKoDg&usg=AFQjCNGa2gLzPQ1CSvKwsh5b8UnCfQUHUhQ> consultado el 14 de mayo del 2014

¹⁰⁵ SENTENCIA 069 de 1995 Corte Constitucional Véase

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10678> Consultado el 10 de mayo del 2014

administrativo pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:

1) Por suspensión provisional;

2) Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho;

3) Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la administración no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos;

4) Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto;

5) Cuando pierdan su vigencia."

Por lo que el Consejo en respuesta a lo expresado en relación con la pérdida de la fuerza ejecutoria del acto administrativo, y en lo relativo al decaimiento señaló:

"La doctrina foránea, y la nacional que ha seguido esas concepciones sin mayor profundidad, bueno es reconocerlo, al tratar las formas de extinción de los actos administrativos, generales o de efectos particulares, ha reconocido y consagrado la figura jurídica del decaimiento del acto administrativo, o sea, la extinción de ese acto jurídico producida por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto: a) derogación o modificación de la norma legal en que se fundó el acto administrativo; b) declaratoria de inexecutable de la norma constitucional o legal hecha por el juez que ejerce el control de constitucionalidad, en los países donde ello existe; c) declaratoria de nulidad del acto administrativo de carácter general en que se fundamenta la decisión de contenido individual o particular; y d) desaparición de las circunstancias fácticas o de hecho que determinaron el reconocimiento de un derecho o situación jurídica particular y concreta."

Por lo que podríamos concluir que cuando se declara a una norma inexecutable de la cual se funda un acto administrativo, se produce la extinción de la fuerza de ejecutoria del mismo, siempre y cuando conforme a lo señalado anteriormente no

hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción contencioso administrativo, o como la misma ley señala salvo norma expresa en contrario, de lo cual, tal que si pierde la fuerza de ejecutoría frente a la desaparición de un presupuesto de hecho o de derecho indispensables para su vigencia, dando lugar a que se desvirtúe la declaratoria de nulidad del acto ya que no puede seguirse surtiendo os efectos a futuro del precepto en que se funda el acto sea legal o de hecho.

La actual norma señala sobre la ejecución de los actos administrativos lo siguiente:

"Artículo 91. *Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo.* Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de cinco (5) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.
4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.
5. Cuando pierdan vigencia.

Artículo 92. *Excepción de pérdida de ejecutoriedad.* Cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, quien lo produjo podrá suspenderla y deberá resolver dentro de un término de quince (15) días. El acto que decida la excepción no será susceptible de recurso alguno, pero podrá ser impugnado por vía jurisdiccional."¹⁰⁶

¹⁰⁶ LEY 1437 del 18 de enero del 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por lo que el decaimiento del acto, como lo sugiere esta expresión, tiene un efecto temporal hacia el futuro (ex nunc) y no retroactivo (ex tunc), como ocurre en el caso de la anulación de un acto administrativo por una autoridad judicial. Lo que podemos recalcar es que la presunción de legalidad sigue intacta, no solamente antes del decaimiento del acto, sino también después. La causal de pérdida de la fuerza ejecutoria cuando no se realizan los actos que correspondan para ejecutarlos, constituye ciertamente una garantía de los particulares frente a la desidia por parte de la administración para poner en ejecución sus propios actos.¹⁰⁷

El decaimiento no afecta por ningún motivo la situación generada durante el tiempo, en que el acto fue ejecutorio; por ello, el Consejo de Estado como pudimos apreciar ve la necesidad de declarar la nulidad expresa por parte de la jurisdicción administrativa, incluso cuando la administración deroga sus actos por considerarlos ilegales. Esto tiene como efecto única y exclusivamente por regla general, sobre los efectos retroactivos de la nulidad y los futuros por la inexequibilidad del acto, puesto que tienen como fin establecer un equilibrio entre la seguridad jurídica, derivada de la presunción de la legalidad y constitucionalidad, la necesidad de restaurar la legalidad o constitucionalidad real de las situaciones.¹⁰⁸

Citando a lo expuesto y definido por el profesor Jaime Vidal Perdomo acerca de la inexistencia del acto administrativo así:

"Se entiende por acto inexistente el que carece de los elementos sustanciales de fondo, como si el ministro de Defensa dicta una providencia sobre asuntos mineros, o cuando el acto no lo suscribe la autoridad que deba hacerlo, y le da dos consecuencias: los actos inexistentes no obligan, no se puede pedir su anulación porque sólo se anula lo que ha adquirido existencia, aunque la acción judicial puede enderezarse a que el juez declare que por razón de la inexistencia no hay lugar a la anulación."

¹⁰⁷ Véase <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-069-95.htm>. consultada el 10 de mayo del 2014.

¹⁰⁸ *Ibidem* Web Sentencia Cit. Ant.⁹⁷

Igualmente, compara el tratamiento colombiano con el francés, acerca de la inexistencia del acto, el citado tratadista afirma lo siguiente:

"Es en el derecho francés donde se ha elaborado esta teoría (la de la inexistencia de los actos administrativos)... La jurisprudencia francesa la aplica con extrema prudencia en casos en que falta un elemento tan esencial al acto que no hay necesidad de anularlo: basta simplemente verificar que no existe. Así por ejemplo, cuando su existencia no puede ser materialmente establecida, o cuando el acto proviene de una autoridad manifiestamente incompetente..."

En Colombia, el espíritu general del derecho administrativo no favorece la teoría de la inexistencia. En efecto: las causales de acusación son muy amplias, y en ellas caben las graves irregularidades y las incompetencias protuberantes que los franceses sancionan con la teoría de la inexistencia. Hay también una diferencia de orden procesal: la acción encaminada a mantener la legalidad no prescribe en nuestro derecho, mientras que en el francés sí; la resistencia hacia el acto abiertamente ilegal, a través del expediente de la inexistencia, parece justificarse en aquel derecho y no en el colombiano"¹⁰⁹

De lo que se desprende que la inexistencia del acto administrativo no es aceptada en la legislación colombiana; esta figura por tanto de acuerdo a lo expuesto cuando la decisión no puede reconocer una presunción de legalidad, ni tampoco ni tampoco podrá ser eficaz o tener fuerza de ejecutoria; esta eficacia del acto, debe estar encaminada a producir efectos jurídicos comportando elementos de hecho, pues una decisión adoptada de conformidad con el ordenamiento jurídico superior, por una presunción de constitucionalidad y de legalidad, puede constituir un acto administrativo perfecto pero ineficaz. Como una decisión viciada de nulidad por no cumplir con los requisitos, puede llegar a producir efectos por no haber sido atacada oportunamente.

La jurisdicción contencioso administrativa se ha pronunciado en varias oportunidades en relación al decaimiento de un acto administrativo que se produce cuando las disposiciones legales o reglamentarias que le sirven de sustento,

¹⁰⁹ Citado por la Sentencia No. C-069/95

desaparecen del escenario jurídico, como lo ha reconocido la ley y la jurisprudencia de este país.

3.2.3. Argentina

En el derecho argentino es muy importante también recalcar que legalidad, de validez o de juridicidad, consiste en suponer que el acto administrativo ha sido dictado conforme a derecho, bajo este precepto, diríamos que todo acto que es perfecto es eficaz y por lo tanto se presume legítimo¹¹⁰.

En este país existe doctrina muy importante acerca del decaimiento o más bien llamado para esta legislación como desuso, que tiene que ver en cuanto a la falta de utilización por el individuo de los derechos que un acto le confiere y está ligado intrínsecamente a la vigencia del acto, que a falta de utilización cae en desuso por transcurso del tiempo, *"en estos casos, el transcurso del tiempo no se traduce en rigor al cumplimiento, pues su objeto se frustra mas hay incumplimiento del objeto. La situación es diversa en una y otra situación. El cumplimiento del término extingue de pleno derecho el acto y una prórroga dictada después de dicho tiempo comporta un acto nuevo; en cambio, cuando el tiempo del acto se refiere a una facultad que se ha conferido durante el mismo a un individuo, su transcurso no produce un decaimiento automático del acto"*¹¹¹.

Por lo tanto se desprende, que es necesario que la administración expresamente retire el acto del mundo jurídico, para que su extinción se tenga por producida. Mientras la administración no pronuncia el vencimiento del término y el desuso del acto, el individuo puede aún ampararse en el mismo para el ejercicio del derecho que el acto le otorga; una vez producido este desuso, el acto no usado desaparece retroactivamente.

El desuso no comporta una revocación por razones de oportunidad, pues su fundamento no es que el acto ha devenido inoportuno, sino que el particular no ha

¹¹⁰ Sobre este tema encontramos doctrina argentina que ha tratado este tema ampliamente. Varios Autores. Manual de Derecho Administrativo, FARRANDO Ismael (h) y MARTÍNEZ Patricia R. . Depalma, Buenos Aires, 2000. Pág. 227. Cit. Ant.

¹¹¹ DIEZ Manuel María. El Acto Administrativo. Buenos Aires Argentina. TEA, 1961 pág. 298. Cit. Ant.

hecho uso del derecho que el acto acordaba. La extinción no es imputable a la administración (como la revocación por razones de oportunidad) sino al individuo y éste no puede pretender indemnización por la extinción del acto, a la inversa de lo que pueda ocurrir en la revocación por razones de inoportunidad, que puede dar lugar a indemnizaciones. Difiere a su vez el desuso de la sanción, mientras que el desuso es el no ejercicio de un derecho que faculta a retirarlo del campo jurídico en base a una voluntad, presumida legalmente de renunciarlo. Por eso la extinción por desuso puede ser dispuesta sin necesidad del cumplimiento de las mismas formalidades de la caducidad, aunque el desuso debe igualmente estar probado y ser imputable, requiriendo también una intimación previa, este en principio se asemeja a la prescripción, pero la administración no está obligada a ello y puede renunciar a la prescripción operada a su favor.¹¹²

Es requisito esencial del acto administrativo conforme lo señala el artículo 7 literal c ¹¹³ *"el objeto debe ser cierto y física y jurídicamente posible debe decidir todas las peticiones formuladas, pero puede involucrar otras no propuestas, previa audiencia del interesado y siempre que ello no afecte derechos adquiridos."*

Alegando sobre mérito de la prueba y decaimiento del derecho artículo 48 ¹¹⁴ *"Producida la prueba, se dará vista por el plazo de (5) días al interesado, par que alegue sobre el mérito de la misma, vencido el cual sin que el interesado haya hecho uso de su derecho se dará por decaído prosiguiéndose el trámite."*

El actual artículo 79 de la Ley de Procedimiento Administrativo Argentino señala: *"Producirá la prueba se dará vista por diez días a la parte interesada y al órgano que dicto el acto impugnado si se estimare necesario a los mismos fines de lo dispuesto en el artículo 60. Si no se presentare alegato, se dará por decaído este derecho (...)"¹¹⁵*, con lo que se desprende que al ser un requisito primordial el que sea un objeto cierto y físicamente posible, esta legislación establece tres hipótesis sobre la posibilidad o imposibilidad del hecho, dos de las cuales se refieren a la imposibilidad

¹¹² Véase <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=29380&print=2>. Consultado 12 de mayo del 2014

¹¹³ Decreto Ley 19.549/72 Buenos Aires 3 de abril de 1972.

¹¹⁴ Véase Ley de Procedimiento Administrativo 5350 (T.O. LEY 6658) 24 de abril de 1972 <http://www.cba.gov.ar/wp-content/4p96humuzp/2012/06/Ley5350ProcedimientoAdm.pdf>. Consultado el 12 de mayo del 2014

¹¹⁵ Decreto Nacional 1759/72 Reglamento a la Ley 19549 de Procedimientos Administrativos

de hecho de tipo material y una tercera a una eventual imposibilidad por falta de sustrato jurídico.

"a) Por falta de sustrato personal: El nombramiento en la función pública de una persona fallecida, un acto estableciendo una obligación o sanción de tipo personal (inhabilitación, suspensión, retiro del carnet de conductor etc), es imposible de hecho si se dicta después del fallecimiento de la persona obligada por el acto. Por el mismo razonamiento una pena personal puede también quedar extinguida de pleno derecho si, dictada en vida de una persona, sobreviene su fallecimiento.

b) Por falta de sustrato material: Cuando la cosa a que el acto se refiere no existe, o ha desaparecido, o cuando la ejecución de lo que el acto dispone es material o técnicamente imposible. También cabe incluir aquí imposibilidades temporales, como la de utilizar un determinado equipo electrónico cuando él no se halla disponible en el mercado local.

c) Por falta de sustrato jurídico: Este supuesto de imposibilidad material por falta de sustrato normativo tiene antecedentes en otras ramas del derecho. Así puede ocurrir en el derecho penal con la imposibilidad material derivada de la supresión de un organismo judicial, o de la imposibilidad lógica derivada de una incapacidad o incompetencia sobreviniente(...)"¹¹⁶ .

Como observamos son ejemplos claros que al encontrarse en una imposibilidad de ejecución del hecho se vuelven imposible de ejecutarse por lo tanto automáticamente el acto decae sin necesidad de que sea declarada por un acto posterior que lo señale implícitamente, utilizando la lógica jurídica, si el acto administrativo ya extinguido por falta de un sustrato jurídico ya extinguido anteriormente por cualquier causa eficiente el acto se vuelve nulo, es decir la ley no lo prevé como una forma de terminación de los actos administrativos pero al ser claro y absolutamente imposible el hecho, el acto es inexistente, debido a que este no puede cumplirse, por lo que se podría concluir que al no existir una solución para estos casos como decaimiento en sí, se sobreentiende sin duda que no hay otra interpretación posible dentro del ordenamiento jurídico argentino pero

¹¹⁶ GORDILLO Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 3 Volumen 3. Página 277. Cit. Ant.

doctrinariamente el mismo se vuelve imposible y por lo tanto desaparece para los efectos jurídicos posteriores.

3.3. Verificación de los objetivos de la hipótesis

Por lo tanto la hipótesis planteada para esta tesis investigativa fue: "*Cómo aplicar el decaimiento de los actos administrativos en el Ecuador*".

Pues bien, una vez que hemos dado un panorama bastante amplio acerca de lo que en nuestra legislación hoy por hoy señala acerca de la extinción y terminación de los actos administrativos en base a lo que se encuentra legislado, es necesario recalcar que en el tratamiento del decaimiento en otras legislaciones y doctrinas latinoamericanas, en cuanto a lo que tiene que ver con la legislaciones positivas anteriormente citadas y analizadas, dan prueba verídica de que el decaimiento si bien es una figura de carácter doctrinaria que si bien no se encuentra positivamente legislada como tal se desprende de la aplicación de la factibilidad de la ejecución de los actos administrativos, razón por la cual su aplicación actual en el Ecuador no es posible puesto que no hay normativa de ejecutoriedad que lo permita pero doctrinariamente es aplicable por las tres posibilidades antes analizadas que tienen que ver con:

- a) La falta de sustrato personal (extinción de la persona por muerte)
- b) Por falta de sustrato material (extinción o desaparecido material o técnicamente imposible de ejecutar)
- c) Por falta de sustrato jurídico (falta de sustento jurídico)

Es decir por la pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo, siempre y cuando no haya norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán de carácter obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa y perderán su obligatoriedad y no podrán ser ejecutados, ya que existe la imposibilidad de poder ser ejecutados por si mismos conforme anteriormente señalamos.

En este sentido vale la pena recalcar que ninguno de los modos de extinguir los actos administrativos en el Ecuador analizados en capítulos anteriores en lo que tiene que ver al silencio administrativo, prescripción, caducidad, revocación, nulidad anulación del acto administrativo permiten a la administración pública poder dar de baja o por las razones antes señaladas extinguir un acto administrativo que tiene resolución es legítimo y no se ha dado cumplimiento o ejecutoriado conforme corresponde y por el trascurso del tiempo no puede ser archivar o extinguir por ninguno de los modos antes mencionados.

CAPÍTULO IV

Conclusiones

Con el estudio del presente tema hemos podido observar que en el Ecuador no existe un modo eficaz para que la administración pública en garantía de la seguridad jurídica y el derecho a la defensa de los sujetos del procedimiento administrativo, pueda aplicar en los casos que sea factible, con el fin de lograr un método que pueda ser aplicable y útil para la disminución de la carga procesal en las diferentes instituciones del estado, con la finalidad de descongestionar la gran cantidad de expedientes administrativos que se encuentran sin archivo ya que por razones de extinción del acto este fuera por la extinción de la persona contra quien se dicto el acto, o por extinción de la ejecución material del acto o por ser técnicamente imposible de ejecutar, o por sustento jurídico sobreviniente que imposibilite el hecho materia del acto, razón por la cual no se ha podido extinguir usando este modo ya que la ley no prevé este modo para la extinción de los actos que no se han podido acoplar a la figura de prescripción, caducidad o silencio administrativo.

Como se ha visto a lo largo de esta tesis investigativa, el decaimiento es un medio completamente válido para la extinción de los actos administrativos, conforme se ha revisado anteriormente la ejecutoriedad de los actos esta intrínsecamente relacionado con el uso y desuso del acto mismo, en consecuencia, el acto decae por falta de ejecutoriedad del mismo conforme se explicó en capítulos anteriores.

Esta figura una vez introducida positivamente en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ayudaría a descargar el sin número de causas y procesos que en primer lugar no se puede dar de baja debido a que los modos enunciados en la ley no lo permiten por el vacío normativo para los casos expuestos a lo largo de esta investigación, por lo que sería interesante su aplicación a todo nivel desde materia sanitaria, tránsito, contravenciones y las distintas sanciones administrativas entre muchas tantas que podrían ser aplicables.

Recomendaciones

Entre las recomendaciones que podríamos señalar dentro de estas tenemos:

- Realizar una propuesta jurídica aplicable para el caso, en la cual se incluya la posibilidad del decaimiento de los actos administrativos por las causales antes señaladas.
- Enmarcar las materias dentro de las cuales se podría aplicar el decaimiento como método de extinción de los actos administrativos no aplicables por los otros modos de terminación del acto.

Propuesta Jurídica

Habrà que introducirse un artículo innumerado dentro de las siguientes normas legales ecuatorianas para que tenga validez el decaimiento como modo de extinción de los actos administrativos:

En la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa deberá introducirse el siguiente innumerado al final del Capítulo VII de la Ejecución de la Sentencia de Nulidad:

Artículo (...) Las sentencias confirmatorias de las resoluciones administrativas, que dentro del tiempo estimado en el artículo anterior, no hayan sido ejecutadas o iniciada la demanda de nulidad de la sentencia correspondiente y una vez que de esta hayan transcurrido tres (3) años se deberá aplicar el decaimiento administrativo por falta de ejecutoriedad del acto administrativo

Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización, dentro de la sección cuarta después del artículo 402 que habla de la caducidad, dentro de la cual deberá introducirse:

Art (...) Pérdida de ejecutoriedad del acto administrativo. Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos en firme serán obligatorios mientras no hayan sido anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Perderán obligatoriedad y, por lo tanto, no podrán ser ejecutados en los siguientes casos:

1. Cuando sean suspendidos provisionalmente sus efectos por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.
2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho.
3. Cuando al cabo de tres (3) años de estar en firme, la autoridad no ha realizado los actos que le correspondan para ejecutarlos.

4. Cuando se cumpla la condición resolutoria a que se encuentre sometido el acto.

5. Cuando pierdan vigencia.

Artículo (...) *Excepción de pérdida de ejecutoriedad.* Cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, quien lo produjo podrá suspenderla y deberá resolver dentro de un término de quince (15) días. El acto que decida la excepción no será susceptible de recurso alguno, pero podrá ser impugnado por vía jurisdiccional.

Dentro de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la iniciativa privada, introducirse antes del artículo 29:

Artículo (...) En los casos que haya sobrevenido la imposibilidad de ejecución del acto administrativo sea esta por imposibilidad de la persona, hecho materia del acto o imposibilidad técnica de cumplirlo, o por imposibilidad jurídica por norma ulterior que determine que el hecho es imposible de cumplirse, la autoridad deberá declarar el decaimiento del acto administrativo por imposibilidad del acto o desuso del mismo.

En el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, introducirse luego del artículo 68 un innumerado que diga:

Artículo (...) *Excepción de pérdida de ejecutoriedad.* Cuando el interesado se oponga a la ejecución de un acto administrativo alegando que ha perdido fuerza ejecutoria, quien lo produjo podrá suspenderla y deberá resolver dentro de un término de quince (15) días. El acto que decida la excepción no será susceptible de recurso alguno, pero podrá ser impugnado por vía jurisdiccional.

Con la introducción de estos cambios a la normativa legal ecuatoriana se podrá introducir la figura del decaimiento como un modo de terminación de los actos administrativos y como apoyo sustentable para la evacuación de procesos inejecutables por la imposibilidad del cumplimiento de un hecho sobreviniente.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, Juan Bautista *Escritos póstumos*, t. X, Buenos Aires, 1899.

ALESSANDRI BESA, Arturo. *La nulidad y rescisión en el derecho civil chileno*. Santiago de Chile.

BEJARANO, Manuel, *Teoría de las Obligaciones*; Editorial Harla, 1996.

CALDERA DELGADO, Hugo. "Manual de Derecho Administrativo". Santiago. Editorial Jurídica de Chile. 1979.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Editorial Abeledo Perot, Buenos Aires, 1997. 2 tomos.

CASSAGNE, Juan Carlos (Director), *Derecho Administrativo* (Obra colectiva en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff).

COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General del Derecho Civil*. Traducción de Felipe de Jesús Tena. Cuarta edición. Editorial Hispano-Americana; México, 1949.

COMADIRA, Julio R. *Derecho Administrativo*. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1996.

DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo I*, Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L., Buenos Aires, 1963.

DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo Tomo IV*, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires Argentina, 1972.

DROMI, J. Roberto, *Derecho Administrativo*, Cuarta Edición, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

ENTRENA CUESTA, Rafael, *Curso de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1988. 2 tomos.

FAVOUREU Louis, Noviembre de 1997 <<Legalite et constitutionnalité>> (en francés). Les cahiers du Conseil constitutionnel (Paris: Dalloz).

FERNÁNDEZ VÁZQUEZ Emilio, Diccionario de Derecho Público. Editorial Astrea, Buenos Aires Argentina. 1981.

FLORES DAPKEVICIUS Rubén. Los Actos Administrativos en el Derecho Uruguayo.

FRANCHINI Flaminio, La Delegazione amministrativa, Mián, 1959. Citado por la Revista de Administración Pública, Buenos Aires, 1962.

GALLEGOS ANABITARTE, Alfredo y MENÉSEZ REXACH, Ángel. Acto y Procedimiento Administrativo. Macial Pons, Madrid, 2001.

GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Tomos I y II*, Editorial Civitas, Madrid, 2005. 2 tomos.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994 y 2000. 3 tomos.

GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Diké, Medellín, 1998. 3 tomos.

GORDILLO Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, 2004.

GUTIÉRREZ y GONZÁLEZ, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, Quinta Edición Cajica; Puebla, México 1978.

LINARES, Juan Francisco, *Caso no Previsto*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Depalma, Buenos Aires, 1976.

MARTÍN Mateo Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*, Editorial Trivium, Madrid, 2000.

MARTÍNEZ MORALES, Rafael. Dictionarios Jurídicos Temáticos. Volumen 3, Segunda Edición. Editorial Oxford; México, 2002.

MORALES TOBAR Marco A., Derecho Procesal Administrativo, Ediloja, Loja Ecuador, 2012.

OLGUÍN JUÁREZ Hugo Augusto, *Extinción de los Actos Administrativos Revocación, Invalidación y Decaimiento*. Editorial Universidad Católica Lira 136, Santiago de Chile, 1961.

OLIVERA Toro Jorge, Manual de Derecho Administrativo, Quinta edición, Editorial Porrúa, México, 1988.

ORTOLÁN, Manuel. Explicación Histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano. Editorial Bibliográfica OMEBA; Buenos Aires Argentina, 1960.

PANTOJA BAUZÁ Rolando E., Concepto de Acto Administrativo, Memoria de Licenciado, inédita.

PENAGOS Gustavo, El Acto Administrativo, Tercera Edición, Librería Profesional.

PÉREZ Efraín, Derecho Administrativo, Tomo I, Quito Ecuador, 2009.

RODRÍGUEZ Gustavo Humberto, Derecho Administrativo, Teoría General del Derecho, Tomo I, Ediciones Librería del Profesional,

RODRÍGUEZ R., Libardo, *Derecho Administrativo, General y Colombiano*. Editorial Temis. Bogotá, 2000.

SANTAMARÍA PASTOR, J.A. Principios de Derecho Administrativo General, Tomo I, Iustel, Madrid, 2004.

SANTOFINO GAMBOA, Jaime, Derecho Administrativo, Tomo II, 2003.

SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I, (Fundación Cultura Universitaria) Octava Edición, 2002.

SECAIRA DURANGO Patricio Adolfo, Derecho Administrativo, Primera Edición, Editorial de la Técnica Particular de Loja, Loja Ecuador, 2011.

SERRA Rojas Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Olimpo, México; 1959.

ULLA F. Decio Carlos, El Principio de la Legalidad en el Ejercicio de la Función Administrativa, Decreto Constitucional y Administrativo, Editorial Juris, Tomo I, Buenos Aires Argentina, 1999.

VIDAL PERDOMO Jaime. *Derecho Administrativo*. Editorial Temis. Bogotá.

ZAVALA EGAS, Jorge, *Derecho Administrativo*, Tomo I, Editorial Edino, Guayaquil, 2005.

CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

CÓDIGO ORGÁNICO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

LEY 50, LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIÓN Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA

ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA ERJAFE

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE COLOMBIA

LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

LEY 1437 DEL 18 DE ENERO DEL 2011, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

LEY 1437 DEL 18 DE ENERO DEL 2011, CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DECRETO LEY 19.549/72 BUENOS AIRES 3 DE ABRIL DE 1972.

LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO 5350 (T.O. LEY 6658) 24 DE ABRIL DE 1972

DECRETO NACIONAL 1759/72 REGLAMENTO A LA LEY 19549 DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

LEXIS, Expediente 271, de la Sala de lo Contencioso Administrativo, publicado en el registro oficial 249.

REGISTRO OFICIAL No 449 de 20 de octubre del 2008.

Web http://www.gordillo.com/pdf_tomo8/capitulo01.pdf

Web Ricardo Mena http://escuela.fgr.gob.sv/wp-content/uploads/2011/01/una_aproximacion_a_las_fuentes.pdf

<http://inesguerrero.wordpress.com/fuentes-del-derecho-administrativo/>

http://www.elclarin.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=18416&Itemid=48 el 07 de abril del 2014

MACHICADO, Jorge., "Que es la costumbre", 2010, <http://jorgemachicado.blogspot.com/2010/08/costumbre.html>

SALINAS MONTAÑO, Clotario. Nulidad del Acto Administrativo. <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoadministrativo/2012/05/23/nulidad-del-acto-administrativo.>

GORDILLO, Elementos y Vicios del Acto Administrativo, Tomo 3,
www.gordillo.com/pdf_tomo3/capitulo8.pdf.

MONOGRAFÍAS <http://www.monografias.com/trabajos42/actos-administrativos2.shtml#motivac#ixzz2yy32fQaZ>

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, www.rae.es

CADUCIDAD

http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/elizondo_c_e/capitulo3.pdf

PRESCRIPCIÓN <http://www.buscaoposiciones.com/foro/Oposiciones-Auxiliares-Administrativos-del-Estado-fmen-19-4153516.htm>

CORDERO VEGA, Luis. El Decaimiento del procedimiento Administrativo Sancionador. Véase en la página web http://www.udp.cl/descargas/facultades_carreras/derecho/pdf/anuario/2011/12_Cordero

DECAIMIENTO <http://prezi.com/yn6-kf6n-o-8/decaimiento/> consultado el 06 de mayo del 2014

DECAIMIENTO

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=5189>.

CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

<http://vergarablanco.cl/Publicaciones/II.%20Derecho%20Administrativo/AVB%20II%2014%202004%20ADMINISTRATIVO%20notas%20caducidad%20fuente.PDF>

DECAIMIENTO

<http://decive.blogspot.com/2010/02/sobre-el-decaimiento-del-procedimiento.html>

DECAIMIENTO

<http://www.organojudicial.gob.pa/cendoj/wp-content/blogs.dir/cendoj/versionelectronicaforo.pdf>

SENTENCIA 069 de 1995 Corte Constitucional véase
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=10678>

SENTENCIA <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/C-069-95.htm>

DESUSO <http://www.ijeditores.com.ar/articulos.php?idarticulo=29380&print=2>