



UNIVERSIDAD TECNICA PARTICULAR DE LOJA

La Universidad Católica de Loja

ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO

**“La presunción de legalidad del Acto Administrativo en la legislación
ecuatoriana”**

Trabajo de fin de carrera, previo a la
obtención del título de Magister en Derecho
Administrativo

Autor:

Ordóñez Córdova Luis Alberto

Director:

Valdivieso Espinosa Patricio Alberto, Dr.

Esmeraldas-Ecuador

2012

Certificación

Doctor
Patricio Alberto Valdivieso Espinosa
DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE CARRERA

CERTIFICA:

Que el presente trabajo denominado “La presunción de legalidad del Acto Administrativo en la legislación ecuatoriana”, realizado por el profesional en formación: Ordóñez Córdova Luis Alberto cumple con los requisitos establecidos en las normas generales para la Graduación en la Universidad Técnica Particular de Loja, tanto en el aspecto de forma como de contenido, por lo cual me permito autorizar su presentación para los fines pertinentes.

Esmeraldas, junio del 2012

f).....

CESIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Yo, Ordóñez Córdova Luis Alberto, declaro ser autor del presente trabajo y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales.

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

Ordóñez Córdova Luis Alberto
0801554155

AUTORÍA

“Las ideas, conceptos, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo de fin de carrera, son de exclusiva responsabilidad del Autor”.

Ordóñez Córdova Luis Alberto

DEDICATORIA

Con mucho respeto dedico este mi trabajo de investigación a Dios todo poderoso, omnipotente e inmortal y a mis hijos Didier Salviano y Farad Mohammed Ordóñez Olave.

AGRADECIMIENTO

A la Universidad Técnica Particular de Loja y a los profesores de cada uno de los módulos, quienes en este proceso de enseñanza y aprendizaje enriquecieron mis conocimientos sobre Derecho Administrativo, lo que ha sido fundamental en esta importante etapa de mi vida.

INDICE DE CONTENIDOS

| | |
|---------------------------------|-----|
| Declaración de Autoría..... | II |
| Cesión de Derechos..... | III |
| Certificación del Director..... | IV |
| Agradecimiento..... | V |
| Dedicatoria..... | VI |
| Esquema de Contenidos..... | VII |
| Introducción | |

CAPITULO I

1.- FUENTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

| | |
|-------------------------------------|----|
| 1.1. El Derecho Constitucional..... | 5 |
| 1.2. La Ley..... | 8 |
| 1.3. La Costumbre..... | 14 |
| 1.4. La Asamblea Constituyente..... | 16 |

CAPITULO II

2.- PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

| | |
|---|----|
| 2.1. Definición..... | 18 |
| 2.2. Actividad Jurídica de la Administración..... | 23 |
| 2.3. El Acto Administrativo Como: | 25 |
| 2.3.1. Declaración Unilateral..... | 25 |
| 2.3.2. Decisión..... | 27 |
| 2.3.3. Regulador de la Conducta..... | 27 |
| 2.3.4. Forma de Reglamento o Instructivo..... | 27 |
| 2.3.5. Efectos Jurídicos Directos..... | 28 |
| 2.3.6. Efectos Jurídicos Individuales..... | 29 |

| | |
|--|----|
| 2.4. Requisitos Básicos del Acto administrativo..... | 29 |
| 2.4.1. Eficacia y efectos jurídicos del Acto Administrativo..... | 30 |
| 2.4.2. Impugnación del Acto Administrativo en sede administrativa, judicial u otro mediante mecanismo constitucional..... | 31 |
| 2.5. Caracteres del Acto Administrativo..... | 40 |
| 2.5.1. Presunción de Legitimidad: | 41 |
| 2.5.2. Ejecutividad. | 43 |
| 2.5.3. Ejecutoriedad..... | 44 |
| 2.5.4. Revocatoria..... | 46 |
| 2.6. Efectos del Acto Administrativo..... | 46 |
| 2.6.1. Validez..... | 47 |
| 2.6.2. Invalidez..... | 50 |
| 2.6.3. Nulidad. | 51 |
| 2.6.4. Anulabilidad. | 52 |

CAPITULO III

3.- EXTINCION DEL ACTO ADMINISTRATIVO

| | |
|---|----|
| 3.1. Vicios que no pueden ser subsanados..... | 54 |
| 3.2. Efectos retroactivos..... | 54 |
| 3.3. Argumentos de orden público..... | 55 |
| 3.4. Extinción por la misma autoridad o por autoridad superior..... | 55 |
| 3.5. Vicios que impiden la convalidación del acto administrativo..... | 56 |
| 3.6. Acto dictado por órgano incompetente..... | 57 |
| 3.7. Cuando los actos son delitos. | 58 |

CAPITULO IV

| | |
|--|-----------|
| APLICACIÓN PRACTICA DE LA PROPUESTA | 60 |
| CONCLUSIONES..... | 63 |
| RECOMENDACIONES..... | 64 |
| BIBLIOGRAFIAS..... | 66 |

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de fin de carrera denominado “La presunción de legalidad del Acto Administrativo en la legislación ecuatoriana”, se realizó debido a su interés actual, su soporte jurídico contemplado en disposiciones constitucionales; pues el acto administrativo es una de las formas en que la Administración Pública expresa su voluntad.

Pudiéndose determinar que si bien, la presunción de legalidad del Acto Administrativo es una prerrogativa del Estado a través de sus instituciones, fácilmente puede afectar derechos subjetivos de los administrados, esto dada la amplia discrecionalidad de la que goza la autoridad para expedirlos y, en un Estado Constitucional de Derechos es grave.

Lo señalado, la característica de ejecutables de los actos administrativos una vez notificados, que de alguna forma violenta el principio de contradicción y el derecho fundamental al debido proceso; nos obliga a proponer se ponga en vigencia una normativa que regule la presunción de legalidad de los actos administrativos; de tal forma que al expedirse el acto administrativo se tenga el cuidado mínimo necesario para no vulnerar derechos fundamentales de los administrados.

EXECUTIVE SUMMARY

This research on the Presumption of Legality of Administrative Law Act Ecuadorian, was made because of current interest, the legal support provided constitutional and legal provisions, as the administrative act is one of the ways in which personality and Public Administration legal personality expresses its will. In the research process it was determined that while the presumption of legality of administrative acts is a prerogative reserved for the state, its institutions and servers through the budgets of Article 226 of the Constitution of the Republic of Ecuador, can easily affect individual rights of the governed, that given the wide discretion enjoyed by the authority to issue them and, in a State Constitutional rights is serious. The above, the executable property of administrative actions once notified, that somehow violates the principle of contradiction and the fundamental right to due process requires us to propose are put into effect a regulation governing the presumption of legality of administrative acts, so that when issuing the administrative act is be careful not to violate the minimum necessary for fundamental rights of the governed.

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador en el Art. 226 establece que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la Ley y que tienen el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

Las personas naturales a cuyo cargo este una función o atribución pública tienen la obligación de someter sus actuaciones a la Constitución y la Ley y, por tanto, sus resoluciones constituyen actos administrativos que ocasionan consecuencias de hecho y de derecho para los administrados.

La Administración Pública Central e Institucional, conforme el ordenamiento jurídico del Estado ecuatoriano manifiesta su voluntad a través de los denominados actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos.

El Acto Administrativo como manifestación de voluntad crea, modifica y extingue situaciones jurídicas individuales, así como las declaraciones de mero trámite que influyen en la decisión final del asunto de que se trate; por tanto goza de presunción de legalidad y para su plena validez debe ser notificado al administrado, pues si no es notificado es ineficaz ni surte efectos jurídicos.

Los actos Administrativos que se producen como consecuencia de una declaración unilateral se presumen legítimos desde que se encuentran firmes, pudiendo ser impugnados en sede administrativa, judicial o mediante el inicio de un proceso constitucional.

Como manifestación de la voluntad administrativa el acto administrativo debe provenir de una persona natural en ejercicio de una función administrativa o potestad estatal que ejerza autoridad administrativa sea seccional, de control o regulación y al

producir efectos jurídicos individuales directos e inmediatos da lugar a la creación, reconocimiento, modificación o extinción de una situación jurídica.

Antes del año 1972 ninguna norma de derecho administrativo establecía para los actos administrativos una presunción de legalidad, pero tampoco una distinta; de tal modo que por analogía de la norma civil, podía concluirse que los actos administrativos anulables se presumían legítimos o válidos, no así los actos administrativos nulos, sí, la presunción de legalidad del acto administrativo podía existir, por vía analógica, respecto de los actos anulables cuyo vicio no era evidente o manifiesto; en ausencia de norma expresa, no podía en cambio jurídicamente hablarse de una supuesta presunción de legalidad para todos los actos sin distinción. Es que, como dice Imboden *“la nulidad de un acto excluye necesariamente su exigibilidad, por la lógica inmanente al ordenamiento jurídico”*. Por tales razones, el vicio manifiesto destruye precisamente la presunción de legalidad. El acto administrativo nulo no debe tener presunción de legalidad, pensar lo contrario constituye un pensamiento político-jurídico estatista y autoritario.

Sin embargo, de la presunción de legalidad de los actos administrativos emitidos por los organismos y entidades de la Administración Pública, que se constituyen en los medios, de los que se vale estas para expresar su voluntad, respecto de las actuaciones de los administrados y al gozar de la característica esencial de ser ejecutivos, constitucionalmente son y deben ser impugnados, ya que pueden en algunos casos inclusive vulnerar derechos fundamentales de los administrados.

De modo que, el principio de legalidad, investido de constitucionalidad se erige como una garantía suprema de los ciudadanos y ciudadanas, dado que impone al Estado el respeto a la normatividad y prelación jurídica, igualdad y razonabilidad jurídica, control y responsabilidad jurídica, consecuencia todas del Estado de Derecho, como modelo adoptado para la organización pública.

La Ley de Modernización del Estado, estatuye requisitos y principios comunes a todos los procedimientos administrativos. Prohibiendo a las entidades públicas, exigir a los administrados, pruebas distintas o adicionales de aquellas expresamente señaladas por la Ley, en los procesos administrativos.

CAPITULO I

FUENTES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

1.1. El Derecho Constitucional

Es el conjunto de normas, reglas y principios que regula el funcionamiento de los órganos del Estado, y los deberes y derechos de las autoridades y de las personas y ciudadanos en general pertenece al Derecho Público.

El Derecho Constitucional comprende dos aspectos: uno material y otro formal. El material se divide en dos partes: a).- Lo relativo a la organización de los poderes y órganos del Estado, que se denomina estructura del Estado, y, b).- lo relativo a las vinculaciones de los ciudadanos con el Estado, estableciéndose derechos, deberes, y garantías.

Aspecto formal.- Constituye el espíritu e ideología que forma la estructura del Estado, conociéndose también como dogmática constitucional, que al formar parte del derecho público, estudia la ley fundamental que rige un Estado, regulando las relaciones entre el poder público y los ciudadanos.

Al acto de análisis, control y sometimiento de las demás leyes a la Constitución es lo que se conoce como derecho constitucional, cuyo objeto es el de estudiar la forma de gobierno, la regulación de los poderes públicos y sus relaciones con los ciudadanos.

Aspecto Material.- Es decir que esta constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y la creación de leyes que tiene soporte en 3 contenidos: el proceso de creación de las normas jurídicas generales, las normas referentes a los órganos del Estado y sus competencias, y las relaciones de los hombres con el control estatal.

En el Estado ecuatoriano el estatuto jurídico-político que sostiene el ordenamiento del poder político, es la Constitución. Norma Suprema que prevalece sobre cualquier otra normativa.

Esta Norma Suprema o Ley Primera que se caracteriza por ser rígida, pues por su razón de ser, solo es modificada en circunstancias de excepción recogidas en su propio texto, mismo que en su estructura contiene el preámbulo, una parte dogmática, que se refiere a los derechos fundamentales y una parte orgánica sobre los poderes constituidos.

El vocablo Constitución como Ley fundamental escrita e inclusive puede no ser escrita de un Estado, aceptada como guía para organización fija los límites y define las relaciones entre los poderes, establece las bases para gobernar; garantiza también al pueblo determinados derechos, por su complejidad la doctrina a encontrado diversas definiciones.

Kelsen, sostiene que la Constitución tiene dos sentidos, uno lógico jurídico y otro jurídico- positivo, coincidiendo que es la Norma Fundamental o hipótesis básicas, que es creada conforme a un procedimiento jurídico y, por lo tanto, no es norma positiva, debido a que nadie la ha regulado ya que no es producto de una estructura jurídica, solo es un presupuesto básico. Precisamente a partir de esa hipótesis se conforma el orden jurídico, cuyo contenido se subordina a la norma fundamental, sobre la cual radica la validez de las normas que constituyen un determinado sistema jurídico.

En sentido jurídico-positivo sostiene que la Constitución puede ser contemplada en un sentido material y en un sentido formal.

En sentido formal se sostiene, es cierto documento solemne, un conjunto de normas jurídicas que solo pueden ser modificadas mediante la observancia de prescripciones especiales, cuyo objeto es dificultar la modificación de tales normas. La Constitución en sentido formal es el documento legal supremo. Hay una distinción entre las leyes ordinarias, orgánicas y preceptos constitucionales.

Fernando Lasalle, al referirse a la Constitución sostiene que no es otra cosa que “el resultado de la suma de los factores reales de poder. Para este autor una Constitución no sería tal, sino no refleja la realidad política de un Estado.

El Diccionario Jurídico Elemental del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, al conceptualizar a este vocablo dice: “Acto o decreto fundamental en que están determinados los derechos de una nación, la forma de su gobierno y la organización de los poderes públicos de que éste se compone”

La Constitución de la República del Ecuador vigente desde el 20 de octubre del año 2008 en la parte pertinente del artículo 1 señala: El Ecuador es un Estado Constitucional de derecho y justicia social, democrática, soberana e independiente, unitaria, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada.

La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”

A partir de este concepto mediante el cual se consagran derechos, principios y valores fundamentales y sobre todo que el Ecuador se constituye en un Estado Constitucional de Derechos y justicia, sistema en el cual la administración pública está estructurada por los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Justicia Indígena, Transparencia y Control Social y Electoral; las entidades que integran el régimen autónomo descentralizados; los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado y las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos y sus servidoras y servidores previo a manifestar su voluntad administrativa deben observar primeramente las prescripciones constitucionales. En nuestro ordenamiento jurídico el principio de legalidad goza de prerrogativa constitucional y

las instituciones del Estado arriba citadas, así como las personas naturales que actúen en virtud de una potestad estatal deben ejercer únicamente las competencias y facultades que atribuidas en la Constitución y la Ley.

Esto, debido a que la administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación y que ninguna servidora o servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones; así mismo serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, responsabilidades que sin perjuicio de las atribuciones de la Fiscalía General del Estado, el Organismo que tiene constitucionalmente facultades privativas para establecerlas es la Contraloría General del Estado.

“La doctrina destaca también principios del derecho constitucional, como la división de poderes y la protección del Estado de derecho, la soberanía nacional y los derechos fundamentales”.¹

Del análisis se desprende que el derecho constitucional forma parte del derecho público, siendo así, su estudio es de trascendental importancia dentro del derecho administrativo y por consiguiente de la Administración Pública que manifiesta su voluntad a través de los denominados actos administrativos.

Actos administrativos que gozan de la presunción de legalidad, pues el Estado se reserva para sí, ciertas prerrogativas frente al administrado, Prerrogativas que, en un determinado momento podrían facilitar la vulneración de derechos fundamentales de los servidores o administrado.

1.2. La Ley.- “Es la declaración de la voluntad soberana, que manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, prohíbe o permite”;² definición consagrada en nuestro Código Civil.

¹ <http://www.definicion.de/derecho-constitucional>

² Código Civil, Cod. 2005-010. RO-S46: 24-junio - 2005 ,

El Diccionario Jurídico Elemental, del Dr. Guillermo Cabanellas de Torres, sostiene que Ley es “Regla, norma, precepto de la autoridad pública, que manda, prohíbe o permite algo.

La expresión positiva del Derecho. Regla de conducta obligatoria dictada por el Poder Legislativo, o por el Ejecutivo cuando lo sustituye o se arroga sus atribuciones...”

Renard, al conceptualizarla dice que “es la regla emanada de la voluntad autoritaria de los gobernantes”.

Por su parte Planiol.- sostiene que Ley "es la regla social obligatoria establecida de modo permanente por la autoridad pública y sancionada por la fuerza.”

El inciso segundo del artículo primero de la Constitución de la República del Ecuador señala “La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”.

Esto no es otra cosa que una manera de establecer el destino de una “organización” sujetándolo a una reglamentación, que obtiene mucho mas notoriedad y prevalencia en el derecho civil.

La Ley en sentido material, es toda regla social obligatoria, emanada de autoridad competente. Esto implica que no solo son leyes las que en ejercicio de sus atribuciones dicta el poder legislativo y sanciona el ejecutivo sino también la Constitución que es la única Ley General que está por encima de las leyes orgánicas, también son de cumplimiento obligatorio con fuerza de Ley los decretos ley, decretos, reglamentos, ordenanzas, resoluciones etc.

Desde el punto de vista formal, Ley es toda disposición emanada del poder legislativo, de acuerdo con el mecanismo constitucional establecido.

La estructura formal de la norma está constituida por proposiciones gramaticales en que se expresa o puede expresarse. El aspecto material está constituido por el

contenido de la norma, el cual cambia de una clase a otra de preceptos normativos, pero en todo caso se caracteriza por estar encaminado a realizar un valor positivo. Es el contenido o aspecto material el que permite distinguir entre las normas jurídicas, las éticas y las de trato social, la norma es jurídica cuando trata de realizar valores jurídicos.

Para que la norma se erija como obligatoria determinadas conductas, es la existencia de dos elementos:

a).- Seres obligados por la norma.

b).- Libertad interna de los obligados para cumplir o no lo prescrito.

La existencia de seres obligados a seguir determinada conducta es el primer supuesto necesario de la norma. Por otra parte, si los sujetos obligados por la norma no fuesen libres, no se podría hablar de normatividad sino de causalidad natural...”

Características de la Ley.-

Doctrinariamente se puede señalar entre las características más importantes de la Ley las que siguen:

Socialidad.- Que se sustenta, en que la Ley es dictada por y para el hombre en cuanto miembro de una sociedad jurídicamente establecida, cuya finalidad es gobernar las relaciones entre los ciudadanos de una determinada circunscripción.

Obligatoriedad.- Al emanar de una autoridad competente y específicamente del poder legislativo, cuya conformación es producto de la voluntad soberana de todos, una vez vigente debe ser observada, obedecida y cumplida por todos sobre quienes impera.

Origen Público.- Proviene de una autoridad pública y por ello actúa en línea de la soberanía política diferenciándose de las reglas impuestas por poderes privados.

Coactividad.- Característica propia de todo derecho positivo, luce eminentemente en la Ley que es su medio de expresión típico y privilegiado en tanto que aparece vedada en las otras fuentes del derecho.

Normatividad.- Abarca un número indeterminado de hechos y rige para todos quienes se encuentren comprendidos en el ámbito de su aplicación.

Promulgación de la Ley.- La ley no obliga sino en virtud de su promulgación por el Presidente de la República.

La promulgación de las leyes y decretos deberá hacerse en el Registro Oficial, y la fecha de promulgación será, para los efectos legales de ella, la fecha de dicho registro.

Vigencia de la Ley.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces.

Podrá, sin embargo, en la misma ley, designarse un plazo especial para su vigencia a partir de su promulgación.”

Irretroactividad de la Ley.- El artículo 7 del Código Civil manifiesta “La Ley no dispone sino para lo venidero; no tiene efecto retroactivo; y en conflicto de una ley posterior con otra anterior, se observarán las reglas siguientes:

Numeral 19.- Los actos o contratos válidamente celebrados según una ley, podrán probarse, bajo el imperio de otra, por los medios que aquella establecía para justificarlos; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará sujeta a la ley vigente al tiempo en que se rindiere;

Numeral 20.-Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben comenzar a regir. Pero los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren comenzadas, se regirán por la ley que estuvo entonces vigente;

Numeral 21.- La prescripción principiada cuando regía una ley, y que no se hubiere completado al tiempo de promulgarse otra que modifique la anterior, reduciendo el plazo para la prescripción, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente; pero no podrá acogerse a la segunda sino después de dos años de su promulgación.

En las cuestiones judiciales pendientes a la época de la promulgación de la ley que modifique el plazo para la prescripción, regirá la ley vigente a la época en que se trabó la litis;

Numeral 22.- Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo, bajo el imperio de la nueva ley, aunque el prescribiente hubiere principiado a poseer conforme a la ley anterior que autorizaba la prescripción; y,

Numeral 23.- Las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes se entenderán incorporadas en éstas; pero no alterarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio.”

Valor de los actos prohibidos por la Ley.- Los actos que prohíbe la Ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

Illegalidad de los actos nulos.- En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo”.

Efecto territorial de las leyes.- La Ley obliga a todos los habitantes de la República, con inclusión de los extranjeros; y su ignorancia no excusa a persona alguna”.

Interpretación judicial de la Ley.- Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes:

1.- Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento;

2.- Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal;

3.- Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso;

4.- El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto;

5.- Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido y según las reglas de interpretación precedentes;

6.- En los casos a que no pudieren aplicarse las reglas de interpretación precedentes, se interpretarán los pasajes oscuros o contradictorios del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación y a la equidad natural; y,

7.- A falta de ley, se aplicarán las que existan sobre casos análogos; y no habiéndolas, se ocurrirá a los principios del derecho universal.”

Normalmente las leyes son codificadas de manera que concuerden con las costumbres de las sociedades que rigen, y en defecto de ley, la costumbre puede constituir una fuente del derecho. En algunos casos la costumbre es fuente de derecho primaria y como tal se aplica antes y en algunos casos al mismo tiempo que la ley.

Anteriormente manifesté que al entrar en vigencia la actual Norma Suprema el Estado ecuatoriano adoptó un sistema constitucional de derechos y justicia social, basado indudablemente en la corriente latinoamericana y mundial promovida desde organismos importantes de protección de los derechos humanos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, conocida también como pacto de San José, entre otros, lo que significa que en un procedimiento administrativo o proceso judicial la autoridad administrativa o judicial al resolver una causa originada de un acto administrativo debe mirar el texto la constitucional y a partir de ahí las leyes correspondientes, que guarden armonía con el objeto del procedimiento.

Este cambio sustancial ha provocado el reconocimiento de los derechos fundamentales como progresivos y de igual de jerarquía, pues en épocas anteriores se hablaba de derechos de primera, segunda, tercera y hasta cuarta generación.

El artículo 1 de la Constitución Política de 1998, prescribía “El Ecuador es un estado social de derecho...” a partir de esta definición era aceptable la posición de ciertas autoridades administrativas, quienes al resolver cualquier conflicto, tomaban como punto de partida la Ley, situación que cambió radicalmente con la vigencia del actual estatuto jurídico constitucional.

De lo analizado podría ser de importancia suprema una revisión por parte de la Asamblea Nacional de las prescripciones del Código Civil, para efectos de armonizar varias de sus disposiciones con la evolución histórica de la que ha sido objeto la sociedad ecuatoriana y el mundo en sí; pues en el título preliminar, respecto de las formas de interpretación de la Ley, se habla de leyes especiales, cuando constitucionalmente estas fueron sacadas del ordenamiento jurídico, por lo que sus prescripciones debe ajustarse a los postulados constitucionales.

1.3. La Costumbre.-

No es otra cosa que normas jurídicas no escritas, impuestas por el uso y es una fuente del derecho. En la definición de Ulpiano: es el consentimiento tácito del pueblo, inveterado por un largo uso”.³

³ Cabanellas de Torres, Guillermo, Diccionario Jurídico Elemental, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires

Valor Jurídico de la Costumbre.- La Costumbre no constituye derecho, sino en los casos en que la ley se remite a ella.

Los usos y costumbres no pueden crear derechos sino cuando las leyes se refieran a ellos o en situaciones no regladas legalmente.

Se conoce como costumbres a todas aquellas acciones, prácticas y actividades que son parte de la tradición de una comunidad o sociedad y que están profundamente relacionadas con su identidad, con su carácter único y con su historia. Las costumbres de una sociedad son especiales y raramente se repiten con exactitud en otra comunidad, aunque la cercanía territorial puede hacer que algunos elementos de las mismas se compartan.

Las costumbres y tradiciones se vinculan siempre con la identidad y el sentido de pertenencia de los individuos que conforman una comunidad. Son las formas, actitudes, valores, acciones y sentimientos que por lo general tienen su raíz en tiempos inmemoriales y que, en muchos casos, no tienen explicación lógica o racional sino que simplemente se fueron estableciendo con el tiempo hasta volverse casi irrevocables. Todas las sociedades cuentan con su sistema de costumbres, siendo algunas de ellas más evidentes que otras.

La costumbre es de cierta manera responsable de la creación de los diversos sistemas de derecho que rigen en las distintas sociedades; ya que las costumbres y las tradiciones en las comunidades consideran y valoran lo ético, lo moral y lo necesario. En algunas sociedades el incesto está claramente prohibido, en otras la prohibición no es tan rígida, entre muchos otros ejemplos. Las leyes que se establecen a partir de la costumbres y son las consuetudinarias, que por lo general están implícitamente establecidas y conocidas por la comunidad, prescindiéndose de ponerlas por escrito.

“Se puede agregar que las costumbres de un pueblo siempre son únicas e irrepetibles. Sin embargo, hoy en día, el fenómeno globalizador hace que muchas de las tradiciones y costumbres de algunas regiones del planeta hayan desaparecido o

perdido su fuerza frente a las costumbres importadas desde los centros de poder, principalmente Europa y Estados Unidos”.⁴

Una costumbre es un hábito adquirido por la práctica frecuente de un acto. Son un conjunto de inclinaciones y de usos que forman su carácter distintivo. Generalmente se distingue entre las que cuentan con aprobación social, y las malas costumbres, que son relativamente comunes, pero no cuentan con aprobación social, y a veces leyes han sido promulgadas para tratar de modificarlas en la conducta de las personas.

Derecho Internacional Consuetudinario.- En Derecho Internacional, la costumbre es una práctica generalizada y repetitiva de los Estados y de otros sujetos de derecho internacional, aceptada como norma y obligatoria a través de los denominados expectativa de derecho. Tiene tanta validez como los tratados internacionales, no existiendo ninguna prelación de fuentes entre ellas.

No obstante, hay que tener en cuenta los hechos que llevan a una práctica general y uniforme a ser considerada derecho por los sujetos del Derecho Internacional. Para que cristalice la "opinio iuris" u elemento subjetivo resulta de vital importancia las acciones u omisiones que realizan los Estados que son significativos de la comunidad internacional. En el Ecuador entre otras disposiciones, el numeral 10 del artículo 57, refiere a que el Estado reconoce y garantiza a los pueblos y comunidades indígenas a crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario.

1.4 La Asamblea Constituyente

“La convocatoria a la Asamblea fue aprobada mediante referéndum el 15 de enero del 2007; durante el período que ejerció sus funciones, el Congreso Nacional fue disuelto y la función legislativa pasó a manos de este organismo.

⁴ <http://www.definicionabc.com/social/costumbres.php>

El 24 de julio del 2008, la Asamblea Nacional Constituyente, terminó la redacción del Proyecto de Nueva Constitución, que fue aprobado con 94 de los 130 asambleístas.

El Tribunal Supremo Electoral, de ese entonces se encargó de organizar una consulta un referéndum para que los ciudadanos ratifiquen lo actuado por los Asambleístas. Aprobándose el 28 de septiembre del 2008, se publicó en el Registro Oficial y entro en vigencia el 20 de octubre del 2008”.⁵

El propósito fundamental de las Asambleas Constituyentes, no es otro, como en el caso del Ecuador, que redactar el texto constitucional; en el Ecuador, la última Asamblea Constituyente se instalo el 30 de noviembre del 2007, en la ciudad de Montecristi, provincia de Manabí, conformada por 130 Asambleístas elegidos mediante elección popular, de los cuales la mayoría pertenecía al actual Gobierno, que precisamente la convocó para cumplir con una promesa de campaña del actual mandatario.

⁵ http://es.wikipedia.org/.../Asamblea_Nacional_Constituyente_de_Ecuador_...

CAPITULO II

2.- PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

2.1 Definición

El artículo 226 de la Constitución de la República, otorga prerrogativa de garantía constitucional al principio de legalidad al señalar “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la Ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

La administración pública constituye un servicio a la colectividad y, las personas naturales que a ella ingresen lo harán mediante concurso de meritos y oposición en la forma que determine la Ley.

Esto implica desde toda óptica que las personas naturales a cuyo cargo este una función o atribución pública, o lo que es lo mismo ejerzan la función administrativa tienen la obligación de someter sus actuaciones a la Constitución y la Ley y, por tanto, sus resoluciones constituyen actos administrativos de derecho público que ocasionan consecuencias de hecho y de derecho para los administrados.

La presunción de legalidad del acto administrativo con fundamento en la norma constitucional, no es otra cosa que el mecanismo que se vale la administración pública, con personería y personalidad jurídica para expresar o manifestar su voluntad, respecto de las actuaciones de los administrados. Los actos administrativos, además, tienen la característica de ser ejecutivos por cuanto se ejecutan de manera inmediata, a más de formar parte de las normas jurídicas del Derecho Público.

Para concretar una definición que se ajuste a la realidad legislativa del Ecuador, previamente señalamos que nuestra Constitución de la República hace referencia al

acto administrativo en varias de sus disposiciones y entre ellas anotamos los artículos 76, 173, 233, 424, 436, en los que entre otras cosas prescribe “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurara el derecho al debido proceso...Los Actos Administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos” “Los Actos Administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial”. “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones”. “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”.⁶

“La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiere la ley, las siguientes atribuciones (...) 4. Conocer y resolver a petición de parte la inconstitucionalidad contra los Actos Administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del Acto Administrativo” 5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter genera...”

En consecuencia el tratadista Diez Manuel María “se inclina por la noción orgánica de la administración pública y en consecuencia por la idea de que el acto administrativo emane únicamente del órgano ejecutivo en ejercicio de la función administrativa, haciendo una distinción con los actos políticos o de gobierno”.⁷ En igual sentido se pronuncia SAYAGUES LASO⁸.

⁶ Pérez, Efraín, Derecho Administrativo, Tercera Edición, Volumen I, Año 2009

⁷ Diez, Manuel María, Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Segunda Edición, Buenos Aires

⁸ Sayagues Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo i, Cuarta Edición, Montevideo, 1974

El Francés de Laubardere Andre sostiene que "La actividad de la administración es multiforme, pero todos los actos que realiza son igualmente y por la misma razón actos administrativos"⁹, incluyendo entre éstos, los reglamentos, resoluciones, contratos, convenios voluntarios no contractuales, hechos administrativos, circulares o instrucciones de servicio y los actos de simple administración.

Este autor arriba a esta definición partiendo también del concepto de función administrativa desde el punto de vista formal: "todos los actos que emanan los órganos administrativos son actos administrativos".

No es muy efectiva la posición desde el punto de vista formal u orgánico, porque cada una de las actividades que realiza el órgano administrativo tiene sus -propias características como la de producir efectos indeterminados, generando derechos y obligaciones, sin consideración a las singularidades o subjetividades. Sus efectos se imponen como acto o regla, tanto para la administración como para los administrados, lo que lo diferencia de las demás formas de expresión de la administración; pues es general, abstracta, impersonal; en fin, el reglamento tiene un carácter normativo que no posee el acto administrativo.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en su artículo 80 define a los actos normativos como toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.¹⁰

En efecto, conforme el artículo 147 numeral 13 de la Constitución de la República, es atribución de la Presidenta o Presidente de la República "expedir los reglamentos es necesario para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan para la buena marcha de la administración. "¹¹

⁹ De Laubardere, André, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogotá, 1.984

¹⁰ Registro Oficial N°. 536 de marzo 18 del 2002.

¹¹ Registro Oficial No.449, octubre 20 del 2008.

Corresponde, de conformidad con el artículo 77 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, a los ministros de Estado y máximas autoridades de las instituciones públicas, dictar los correspondientes reglamentos y demás normas secundarias necesarias para el eficiente, efectivo y económico funcionamiento de sus instituciones.¹²

La Constitución de la República del Ecuador de 1998, en varias de sus disposiciones se refería indistintamente a los actos administrativos y actos de simple administración, específicamente en los artículos 20, 22, 26, 95, 130 numeral 8, 272 y 278; mientras que en los artículos 196 y 276 numeral 2, aterriza refiriéndose concretamente a los actos administrativos.

La actual Constitución de la República habla de actos en los artículos 86 numeral 2, 88, 151 y 431; mientras que en los artículos 76 letra 1), 173 y 436 numerales 4 y 5 se refiere a "actos administrativos"; en cambio en los artículos 11 numerales 8 y 9; 94, 98, 436 numeral 2 y 437 numeral 2 se refiere a acciones".

El artículo 24 de la anterior Ley de Control Constitucional¹³ incluía en el concepto de actos administrativos, a los actos de simple administración cuando decía: para los efectos de la demanda de inconstitucionalidad se entenderá por acto administrativo las declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales; así como los de mero trámite que influyen en una decisión final. Nada dice al respecto la actual Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Por otra parte, Ailwin Azocar Patricio, citado por Urzúa Carlos, define al acto administrativo como "la declaración unilateral de la voluntad de la administración en el ejercicio de sus potestades administrativas que produce efectos particulares o subjetivos"¹⁴.

En forma parecida Roberto Dromi dice: "El acto administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos

¹² Suplemento del Registro Oficial N°.595, junio 12 del 2002.

¹³ Registro Oficial No. 99 del 2 de julio de 1997.

¹⁴ Arzuza Ramírez, Carlos Fernando, Requisitos del Acto Administrativo, Editorial Jurídica de Chile, 1971

jurídicos individuales en forma directa"¹⁵. Estas dos últimas definiciones se apartan de la teoría orgánica de administración.

“Es una declaración de voluntad 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”¹⁶

Finalmente, Cassagne Juan Carlos, dice: "La noción de acto administrativo comprende toda declaración proveniente de un órgano estatal, emitida en ejercicio de la función materialmente administrativa y caracterizada por un régimen administrativo, propio y típico del Derecho Público, que genera efectos jurídicos individuales directos con relación a los administrados destinatarios del acto." El derecho positivo ecuatoriano utiliza las dos clases de definiciones de acto administrativo, como son la formal y la material.

El artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sostiene que se puede interponer el recurso Contencioso Administrativo contra los actos administrativos en sentido formal, esto es que emanen de la Administración Pública.

Por su parte el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, especifica la definición de acto administrativo indicando que “es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”.

Desde esta óptica el acto administrativo, como concreción típica, pero no única del ejercicio de la función administrativa, puede emanar de todos los órganos estatales en ejercicio del poder público, teniendo en todo caso carácter sub legal, el artículo 196 de la Constitución Política de la República del Ecuador de 1998, ratificaba este aserto cuando establecía: "Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la función judicial, en la forma que determina la ley". La actual Constitución en su artículo 173 ratifica este principio cuando dice: "Los actos

¹⁵ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial ciudad Argentina, Buenos Aires, Décima Edición 2004

¹⁶ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial ciudad Argentina, Buenos Aires, Décima Edición 2004

administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la función judicial"¹⁷ Eduardo García de Enterría, luego de definir al acto administrativo como "... la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la administración en ejercicio de una potestad..." explica que "Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales. Esto no obstante, por declaración caso contrario, ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa declaración o acto tácito...". En otra parte dice que: "La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal, en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros actos intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto administrativo." ¹⁸

2.2. Actividad Jurídica de la Administración

Se materializa a través entre otros del acto administrativo; pues es la función que desarrollan las distintas entidades y organismos públicos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, producto de las actividades inherente a las funciones que se desempeña y que solo en el ejercicio del poder público pueden cumplirse.

Las diversas funciones del Estado son las formas a través de las cuales se manifiesta la actividad estatal y ellas no están atribuidas en forma exclusiva a los órganos o funciones del Estado, que en la actualidad y de acuerdo con la Constitución de la República del Ecuador, son las funciones Legislativa; Ejecutiva, Judicial y Justicia Indígena, de Transparencia y Control Social y Electoral, que realizan actividades administrativas cada una en el ámbito de sus competencias y a favor del interés público.

¹⁷ Registro Oficial No. 449, octubre 20 2008.

¹⁸ Ferrando Ismael, R. Martínez Patricia, Curso de Derecho Administrativo, Tomo I, Editorial Civitas S.A Madrid, 1997,

Ahora bien, al igual que sucede con la función normativa o legislativa, política o de gobierno y judicial, la función administrativa, tampoco está atribuida con carácter de exclusividad a alguno de los órganos del Estado. Por ello, si bien, la función administrativa puede considerarse que no es así, como función propia del órgano o función ejecutiva, concretizada a través de los actos administrativos, ello no significa que la ejerza con carácter exclusivo y excluyente. Al contrario, todos los otros órganos del Estado ejercen la función administrativa, la Asamblea Nacional, al autorizar diversos actos de los órganos ejecutivos o al dictar actos relativos a su personal o servicios administrativos realizan la función administrativa, y los órganos que ejercen el poder judicial realizan la función administrativa al dictar actos concernientes a la administración de personal como al imponer sanciones a los administrados.

Entonces, la asignación de funciones propias, por tanto, no implica que cada uno de los órganos del Estado tenga el ejercicio exclusivo de alguna función estatal específica. Todos los órganos del Estado, de una u otra forma ejercen todas las funciones del Estado, lo que conduce al principio del ejercicio Ínter-orgánico de las funciones del Estado.

Es decir, la división de la potestad estatal o poder público en ramas o funciones y la distribución de su ejercicio entre diversos órganos no coincide exactamente con la separación de las funciones estatales, por lo que el hecho de que exista una separación orgánica "de poderes" no implica que cada uno de los órganos que lo ejercen tengan necesariamente el ejercicio exclusivo de ciertas funciones, ya que paralelamente a las funciones propias de cada órgano del Estado, éstos ejercen funciones que, por su naturaleza, son similares a las que ejercen otros órganos estatales. En otras palabras, paralelamente a sus funciones propias, los órganos del Estado realizan funciones distintas a aquellas que les corresponden por su naturaleza.

Los actos de los poderes Ejecutivo, Legislativo, Judicial y Justicia Indígena, de Transparencia y Control Social y Electoral, respecto de su organización interna, medios materiales y empleados se rigen por los principios del derecho

administrativo, no pudiéndose lógicamente excluirse del concepto de acto administrativo.

2.3. El Acto Administrativo como:

2.3.1. Declaración Unilateral

La declaración de voluntad emana de un solo sujeto de derecho que es el Estado, ello implica que no pueden integrar la definición de acto administrativo las declaraciones bilaterales como el contrato administrativo; además en la declaración no es necesaria para la existencia del acto, la concurrencia de la voluntad del particular, aunque ésta pueda ser considerada como una "voluntad concurrente o coadyuvante", así se expresa Dromi: "El acto es unilateral, aunque se necesite de la "voluntad concurrente o coadyuvante" El hecho de que ciertos actos unilaterales necesiten de la solicitud, notificación, aceptación, asentimiento o adhesión del particular para producir sus efectos, no les quita su calidad de tales. Tampoco dejan de ser unilaterales por el hecho de que la voluntad administrativa se forme mediante la intervención de dos o más órganos administrativos, en cuyo caso se denominan "actos complejos".

La voluntad del administrado no interviene en la preparación del acto; puede ser causa de su formación, por ejemplo, una petición, que sólo vale como requisito de eficacia del acto administrativo, pero sin que tal voluntad integre el acto. La voluntad del administrado no es elemento esencial del acto, ni presupuesto básico de él. Lo mismo ocurre con el permiso de uso del dominio público u otorgamiento de un retiro por jubilación voluntario. Son actos administrativos unilaterales en sus efectos y también en su formación, pues la voluntad del administrado no integra el acto. El hecho de que el particular solicite, provoque o acepte una declaración de voluntad administrativa, no significa que el administrado integre con su voluntad el acto.

El acto administrativo, entre otras formas de expresar la voluntad administrativa es dictado por cualquiera de los órganos del Estado y en general de cualquier organismo o dependencia de aquellos órganos, cuando actúen en ejercicio de la

función administrativa, porque en fin, los mismos actos están sometidos a iguales principios jurídicos; ejemplo, en materia de relaciones laborales la Ley Orgánica de la Función Legislativa, prevé la posibilidad de quienes se creyeran perjudicados en su estabilidad laboral y más derechos y garantías puedan concurrir con su reclamo correspondiente ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial respectiva.

Por su parte, los servidores de la Función Judicial están sujetos a lo previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial.

En materia de control sobre la utilización de los recursos estatales, todos los órganos del Estado y sus entidades, están sometidos al ámbito de control de la Contraloría General del Estado, por así disponerlo el artículo 211 de la Constitución de República del Ecuador en concordancia con el artículo 2 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Así mismo, para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, todos los organismos y dependencias de las funciones del Estado, sus organismos y entidades, se sujetan a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Dromi, Roberto; Derecho Administrativo, Editorial ciudad Argentina, Buenos Aires, edición decima, 2004. "Se entiende, que el acto es general cuando la declaración que lo constituye mira abstractamente a una pluralidad de personas o casos indeterminados o indeterminables. Se entiende que el acto es especial o individual si la declaración mira a una o más personas casos individualmente determinados o determinables.

De otra parte, siendo la función administrativa eminentemente realizadora y operativa, es lógico que sus actos tengan efectos inmediatos y que solo puedan enervarse sus efectos o resultados a través del ejercicio de los recursos legales o por las excepciones previstas en la Ley.

2.3.2. Decisión

Es aquella que se precisa para realizar una actuación en el ejercicio de la función administrativa y que obliga a los servidores públicos a poner en marcha el aparato estatal, en virtud de cada una de las atribuciones que el ordenamiento jurídico pone a su disposición, de tal forma que un servidor que no tome decisiones no es apto para el ejercicio de la potestad pública o para actuar en ejercicio de las prerrogativas que goza el Estado e inclusive por la posibilidad de que su falta de acción se considerado como inactividad.

2.3.3. Regulador de la Conducta

Las funciones del Estado, así como los organismos y dependencias de aquellas, tienen como finalidad servir el interés general de la sociedad y sus actuaciones deben ir de la mano de los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, y según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa, para lo cual las máximas autoridades son responsables de aplicarlos, respetando y garantizando el derecho de los ciudadanos a vigilar y fiscalizar los actos del poder público.

En ese sentido creo importante reiterar que a ningún ciudadano se le podrá negar el acceso a la documentación que se halle en manos de un determinado funcionario o servidor público en razón de su cargo o función. Eso sí con las excepciones previamente determinadas por organismo competente y la Ley.

2.3.4. Forma de Reglamento o Instructivo.-

La forma no es otra cosa que el modo o manera como se instrumenta y manifiesta la voluntad administrativa, es decir, la condición de exteriorización de voluntad administrativa, la omisión o el incumplimiento de las formas de instrumentación o de las formas de publicidad, puede afectar en los distintos grados de validez, según la importancia de la transgresión. Los actos administrativos deben ser notificados al interesado.

Las manifestaciones exteriores tendientes a hacer conocer el objeto del acto administrativo, sea este definitivo o preparatorio, pueden instrumentarse de distinta manera. En el acto tácito no hay instrumentación, solo ficción legal.

El acto administrativo se manifiesta expresamente por escrito y debe contener:

1. Lugar y fecha de inicio.
2. Mención del órgano y entidad de quien emana.
3. Expresión clara y precisa del contenido de la voluntad administrativa.
4. Individualización y firmas de la gente interdependiente.

En los órganos colegiados, la elaboración de acta de sesión, que deberá contener:

1. Tiempo y lugar de sesión.
2. Indicación de las personas que hayan intervenido.
3. Determinación de los puntos principales de la deliberación.
4. Formas y resultado.¹⁹

La Administración Pública se expresa, como hemos visto a través de varias formas: Actividad jurídica y no jurídica, refiriéndose a si dicha actividad produce o no efectos jurídicos y, específicamente la que tiene que ver con los efectos jurídicos del acto administrativo, que se caracterizan por ser directos e individuales.

2.3.5 Efectos Jurídicos Directos

Los efectos jurídicos del acto administrativo son directos porque nacen de éste y no requieren de otro acto posterior para crear o producir por si, sus efectos o consecuencias jurídicas respecto del administrado, consecuentemente no pueden integrar el concepto de acto administrativo aquellos actos que no producen efectos jurídicos, así como los que producen en forma indirecta y requieren de otro acto administrativo para producir efectos por ejemplo los informes y dictámenes, estos últimos preparan la emisión de un acto principal. Este acto principal es el acto administrativo, mediante el cual se expresa la voluntad de la administración hacia el exterior produciendo sus efectos jurídicos directos con relación a terceros.

¹⁹ Trujillo Soto, Luis Oswaldo, El Acto Administrativo en la Contratación Pública, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011

Como indique los otros actos son indirectos y agotan sus efectos en el interior de la Administración; doctrinariamente se les conoce como actos de la administración, criterio que ha sido recogido por nuestro ordenamiento jurídico a través del Estatuto que los denomina Actos de Simple Administración.

2.3.6 Efectos Jurídicos Individuales

Conforme se desprende del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el acto administrativo produce efectos jurídicos individuales, así lo establece la definición constante en el artículo 64; consecuencia importante de ello es que se excluye al reglamento del acto administrativo, porque éste último, produce efectos jurídicos de carácter general. En igual sentido DROMI, dice: "Característica fundamental del acto es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos de alcance sólo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales".

2.4. Requisitos Básicos del Acto Administrativo

Sin embargo de que, los actos administrativos gozan de la característica de ejecutorios y de legalidad, esto deben cumplir ciertos requisitos básicos para ser validos y eficaces; razón por la que las autoridades que los emiten, sus superiores o en su defecto la jurisdicción contenciosa administrativa tienen suficientes atribuciones para tutelar su legalidad dentro de los límites que la misma norma jurídica les permite y entre los requisitos básicos podemos mencionar:

La Competencia.- Que es un requisito de esencia que afecta a la validez sustancial del acto de tal forma que si este es expedido por un órgano o autoridad pública que no tiene competencia para el efecto, la decisión administrativa estará viciada de nulidad.

La Motivación.- Según Agustín Gordillo "Derecho Administrativo Tomo III"; dice "La motivación es una declaración de las cuales son las circunstancias de hecho y de derecho que han llevado a la emanación, o sea los motivos o presupuestos del acto; constituye por lo tanto la fundamentación fáctica y jurídica con la que la administración entiende sostener la legitimidad y oportunidad de la decisión tomada y es el punto de partida para el juzgamiento de esa legitimidad".

Objeto o finalidad.- Se presume que el objeto o causa superior de la administración pública es el logro del bien común, pero por medio del acto administrativo es factible determinar de qué manera la administración está protegiendo ese bien común.

El acto administrativo debe estar sujeto a la realidad de los hechos y además debe ser material y jurídicamente factible de ser ejecutado, pues cumple una función de ordenamiento público, tutelando el derecho y orientando la finalidad del bien común.

Causa.- Que no es otra cosa que la suma de antecedentes que se exigen para la manifestación de la voluntad administrativa.

Procedimiento.- Para su plena eficacia y valor jurídico el acto administrativo debe observar normas procedimentales es decir los trámites y solemnidades que la ley exige deben observarse previo a su emisión.

Plazo.- Cuando la ley señala un plazo o término dentro del cual la administración debe decidir, este debe ser cumplido, puesto que, en caso de resolver vencido aquel, este pierde eficacia jurídica en razón de que la autoridad actuó fuera de su competencia temporal respecto del asunto materia de la decisión administrativa. El plazo es un requisito esencial que afecta la competencia administrativa.

Forma.- Es la manera que la ley exige debe cumplirse para que se emita la voluntad administrativa en otras es decir debe contener una parte expositiva, la que la motiva y la resolutive; indiscutiblemente debe ser por escrito para dejar constancia o exista la seguridad de su emisión.

Publicidad.- Guarda relación con la eficacia del acto, siempre es posterior a su emisión, es la forma de poner en conocimiento del administrado la decisión de la autoridad pública.

2.4.1. Eficacia del Acto Administrativo

Abordando de manera muy precisa las particularidades de la eficacia, Bartolomé Fiorini (1995) manifiesta:

“La eficacia permite la practicidad que se encuentra latente en el seno del acto, por eso puede expresarse que el acto administrativo existe pero no se ejecuta. La eficacia es una formalidad que permite su realización. Mientras ésta no aparece, el acto no crea aún relaciones o vínculos jurídicos con el exterior, podrá ser retirado, desistido o anulado. La eficacia no se identifica con la condición de su exigibilidad, pues un acto puede ser eficaz, pero se difiere su ejecución porque no ha cumplido la que se refiere a su exigibilidad y que podrá ser una fecha determinada o el vencimiento de un plazo, o el cumplimiento de un acontecimiento; los efectos jurídicos que el acto administrativo produce guardan relación con la presunción de legitimidad, exigibilidad, y la ejecutoriedad. Lo que en otras palabras significa que se presumen legítimos, ejecutivos y deben cumplirse desde que se dicten, notifiquen o publiquen.

Indudablemente que para que un acto administrativo con el que la administración manifiesta su voluntad respecto de lo actuado por los administrados debe necesaria y obligatoriamente notificarse. De tal forma que a partir de ahí, el administrado de considerarlo procedente podrá hacer valer sus derechos en otras instancias del poder público.

2.4.2 Impugnación del Acto Administrativo en sede Administrativa o Judicial o mediante mecanismo Constitucional

En un sentido amplio, el recurso administrativo confiere a los administrados la posibilidad de impugnar una actuación administrativa; en consecuencia, se aprecia con absoluta claridad su distinción respecto de las peticiones, las cuales activan la producción de un nuevo acto, mientras que los recursos se encuentran investidos de una finalidad impugnatoria y por lo tanto suponen la pre existencia de un acto administrativo.

Esto, no es otra cosa que la potestad que tiene el ciudadano a que cuando estime con suficiencia y de manera razonada que su derecho subjetivo constitucional o legal, ha sido conculcado, vulnerado o afectado, impugne el acto de la autoridad que está infringiendo la juridicidad del Estado.

El artículo 173 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta: *“Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”*

La posibilidad de impugnar los actos administrativos emanados de las funciones del Estado, así como de sus organismos y dependencias, se justifica de tal modo que si no existiera esa posibilidad que se armoniza con el derecho al debido proceso estaríamos frente a un modelo de gobierno Aristocrático, fastidioso y sumamente peligroso para los derechos fundamentales de los administrados.

El derecho de impugnar, se concreta al amparo del ejercicio de la función administrativa o judicial y se activa a través de los mecanismos de defensa establecidos de manera oportuna, por ello es que en circunstancias determinadas se habla de recursos de reposición, apelación y revisión, por referirme a lo esencialmente administrativo, para cuando se afecten intereses legítimos de los administrados o particulares, que también pueden concurrir a sede judicial.

La queja, solicitud o petición son actuaciones propias que nacen de la actividad privada o particular específicamente, de modo individual, distinto a la presentación de acciones de impugnación.

El recurso de reposición.- Radica en que su interposición se efectúa ante la misma autoridad que dictó la resolución impugnada. La reposición traza el umbral, que emplaza formalmente a la Administración para que “resuelva de acuerdo con el Derecho”. En tal sentido es plenamente justificado el escepticismo que genera en el administrado la interposición de dicho recurso por las escasas posibilidades que existen en la práctica, de que el órgano decisor replantee la resolución impugnada, sospecha que de ninguna manera desvirtúa la importancia de aquel, en el enderezamiento de la actividad administrativa en el marco del principio de autotutela que rige el obrar de la Administración Pública y supone además, la posibilidad de corregir de modo inmediato la afectación de derechos que se estuviere infligiendo al administrado, en virtud de un error de hecho o de derecho proveniente de la administración pública.

Queda claro que el recurso de reposición es de naturaleza potestativa y se lo interpone ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado. Además el plazo para interponerlo es de 15 días, si el acto fuera expreso y de dos meses, si el acto fuere presunto finalmente se establece que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución del recurso será de dos meses. Contra cuya decisión cabe el recurso de apelación, extraordinario de revisión o la acción contencioso administrativa.

Podemos apreciar como rasgo distintivo del recurso de reposición, la competencia administrativa asignada al propio órgano que dictó la resolución o el acto de trámite que obstaculiza la prosecución del procedimiento, para decidir sobre el referido recurso.

El Recurso de Alzada.- En ese sentido, se colige que dicho recurso descansa en el principio de jerarquía de la Administración Pública, en cuya virtud los superiores, pueden revisar a instancia de parte, la legalidad y oportunidad de los actos emanados por los inferiores, sustituyendo la voluntad de aquellos.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial, define con mayor detalle a los recursos pertinentes en sede administrativa:

Art. 176.- Recurso de apelación. Objeto

“1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa”.

“2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado”.

Es evidente que los recursos administrativos, están regidos por una diversidad de normas y sus especiales y peculiares características deben ser consideradas por el órgano del cual emana el acto, en base a lo que dicta la Ley que lo regula, a fin de

que el derecho de contradicción no se vea disminuido por obstáculos procesales, injustificados, esto sin que deba o pueda perderse de vista el alcance del principio de informalismo o benignidad administrativa que permite al Administrador superar los impedimentos derivados de la tramitación del expediente en aras de que se dé tratamiento a la situación de fondo suscitada en el debate generado entre la Administración Pública y el administrado.

El Recurso de Revisión.- Tiene el carácter de extraordinario, excepcionalidad que viene marcada por el señalamiento taxativo de las causales de las cuales procede, presupuesto que derroca inclusive la firmeza de los actos en vía administrativa, extendiendo su impugnabilidad en el tiempo, en un lapso mucho más amplio que los recursos anteriormente estudiados.

La interposición de este recurso está restringida a aquellos casos en los cuales se justifique que los actos impugnados adolecen de errores jurídicos y fácticos; esto es no respondan a su verdad material y objetiva; cuando existan hechos supervinientes de tanta importancia que afecten su esencia; cuando los documentos o información que sirvió de base para que se emita el acto hayan sido declarados en vía judicial; o cuando el acto se hubiere expedido para el cometimiento de un delito; entre otros.

El artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dispone:

Art. 178.- "Recurso extraordinario de revisión.- Los administrados o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las causas siguientes:

a).- Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;

b).- Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;

c).- Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,

d).- Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

El recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los casos de los literales a) y b), y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros casos.

El órgano competente para la resolución del recurso podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas previstas en este artículo.

El órgano competente para conocer el recurso de revisión deberá pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido”.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, que de hecho constituye el único recurso administrativo, en el cual es posible atacar las resoluciones de determinación de las responsabilidades civiles culposas, emitidas por el mentado organismo de control prevé:

Art. 60.-Con excepción de las órdenes de reintegro, la Contraloría General del Estado revisará las resoluciones originales que expida, en todo lo concerniente a la determinación de responsabilidad civil culposa, de oficio o a petición del directamente afectado por aquellas, en los siguientes casos:

1.- Cuando las resoluciones originales hubieren sido expedidas con evidente error de hecho o de derecho, que apareciere de los documentos que constan en el propio expediente o de disposiciones legales expresas;

2.- Cuando después de haber sido expedida la determinación de responsabilidad civil culposa, se tuviere conocimiento de documentos ignorados al tiempo de dictar la resolución correspondiente;

3.- Cuando en la determinación de responsabilidad civil culposa, se hubieren considerado documentos falsos o nulos, declarados en sentencia ejecutoriada, anterior o posterior a la resolución recurrida; y,

4.- Cuando se estableciere que para expedir la resolución que es materia de la revisión, hayan mediado uno o varios actos, cometidos por los servidores públicos de la Contraloría General del Estado, tipificados como delitos y así declarados en sentencia ejecutoriada”.

Es importante referir, que dicho recurso no reviste la característica de excepcionalidad condicionada por su ejercicio en el tiempo, por lo que no sería apto para atacar resoluciones de determinación de responsabilidad civil, que han adquirido firmeza en virtud del transcurrir de los plazos contenidos en la ley.

La Administración Pública de acuerdo con el artículo 168 del Código Constitucional ecuatoriano, se desenvuelve en base a un sistema procesal que actúa como medio para la realización de justicia, regido por los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, inmediación, celeridad y economía procesal siempre orientados a efectivizar las garantías del debido proceso.

El Código Orgánico de la Función Judicial, conceptúa a la jurisdicción:

Art. 150.- “La jurisdicción consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, potestad que corresponde a las juezas y jueces establecidos por la Constitución y las leyes, y que se ejerce según las reglas de la competencia.

Paralelamente, el artículo primero del Código de Procedimiento Civil, define a la jurisdicción como: “La jurisdicción, esto es el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos en las leyes”.

En definitiva, la jurisdicción se circunscribe a la potestad de administrar justicia que emana del pueblo y en por ende, se la ejerce por los órganos de la Función Judicial y demás órganos jurisdiccionales reconocidos por la ley.

En este orden de ideas, el recurso contencioso administrativo impulsa la actividad jurisdiccional, por lo que buena parte de los tratadistas, consideran que su denominación es errónea, pues al ser una manifestación de un fenómeno procesal se circunscribe al ámbito de la acción.

En consonancia con lo expuesto, fluye con claridad que en el proceso contencioso administrativo, sí se identifican partes procesales cuyas pretensiones son plenamente individualizables y su dilucidación se la somete a un tercero imparcial, independiente de la función administrativa, a diferencia de la lógica que impera en la estructura del procedimiento administrativo, en la cual la Administración actúa como revisora de su propia conducta, y correlativamente, el administrado, actúa como un sujeto que colabora con la Administración, al confrontar mediante los recursos que se le reconoce en sede administrativa, la legalidad de las actuaciones del Administrador.

De manera que, para que el órgano administrativo o jurisdiccional en su caso, entre a analizar el fondo de la pretensión es imperativo que la acción haya sido deducida por la persona legitimada activamente en contra de la persona pasivamente legitimada. Desde luego que el legitimado pasivo siempre será de modo directo o indirecto la administración pública, siendo que la legitimación pasiva se produce cuando ésta actúa *per se* e indirecta será cuando se produce delegación de la actuación, en ambos casos, estos actos están sometidos al régimen del derecho público administrativo. En tanto que la legitimidad activa, no la detectamos tan sólo a través de la persona que ha sufrido alguna lesión a sus derechos, intereses y hasta

los derechos debilitados, sino que para establecer el estatus de tal es necesario saber la relación causal y su pertinencia con los derechos subjetivos reclamados o con los intereses conculcados.

El recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”; conexamente, el artículo 4 del mismo cuerpo legal dispone que para los efectos de su normativa, se entenderá por Administración Pública: a) La administración del Estado, en sus diversos grados; b) Las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional; c) Los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales; entidades a las que se agregan, las personas jurídicas semipúblicas, las creadas y reguladas como tales por la ley, cualquiera sea su denominación, inclusive la de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.

El artículo 23 del mismo cuerpo legal identifica a las personas y entidades que pueden demandar una acción en el ámbito contencioso administrativo, es decir define la legitimación activa en este ámbito:

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

a).- La persona natural o jurídica que tuviere interés directo en ellos.

b).- Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público, semipúblicas, que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que el recurso tuviera por objeto la impugnación directa de las disposiciones administrativas, por afectar a sus intereses.

Sobre la legitimación de personería es importante resaltar, pues es una solemnidad sustancial conforme lo dispone el Código de Procedimiento Civil. La doctrina procesal habla de *legitimatío ad causam* y de *legitimatío ad processum*; la primera, es la legitimación en la causa, y su ausencia determina la falta de legítimo

contradictor; y la segunda, es la legitimación en el proceso, y su ausencia determina la ilegitimidad de personería; de ellas, la última es de interés del recurrente.

Precisamente la legitimación para incoar acciones tendientes a proteger el medioambiente se encuentran totalmente desvinculadas de la exigencia de la existencia de una posición subjetiva sustancial. Al respecto el artículo 397 de la Constitución de Montecristi dispone:

Art. 397.- En caso de daños ambientales el Estado actuará de manera inmediata y subsidiaria para garantizar la salud y la restauración de los ecosistemas. Además de la sanción correspondiente, el Estado repetirá contra el operador de la actividad que produjera el daño las obligaciones que conlleve la reparación integral, en las condiciones y con los procedimientos que la ley establezca. La responsabilidad también recaerá sobre las servidoras o servidores responsables de realizar el control ambiental. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado.

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción.- La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo clasifica este recurso en: recurso de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

Esto implica que la normativa jurídica posibilita interponer por ejemplo un recurso subjetivo en contra de resoluciones adoptadas como consecuencia de la aplicación de una disposición de carácter general en contravención de la Ley, que menoscabe, disminuya o limite derechos subjetivos de los administrados. Pues este recurso se orienta a tutelar los derechos subjetivos y personales afectados por un acto administrativo y se lo deduce ahora en las Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial de Justicia respectiva en aplicación de los presupuestos del Código Orgánico de la Función Judicial, en el termino de 90 días, contados a partir del día siguiente de la notificación del acto administrativo que se impugna.

El recurso objetivo o de anulación.- doctrinaria y jurídicamente el recurso objetivo o de anulación se interpone con la finalidad de que la función judicial deje sin efecto un

acto administrativo de efectos generales, en salva guarda del derecho colectivo y sobre todo del ordenamiento jurídico, respecto de la vulneración de derechos de una determinada mancomunidad. Normalmente se deduce este tipo de recursos pidiendo se declare la ilegalidad de alguna normativa emitida en ejercicio de las atribuciones que le asisten por las entidades y organismos previstos en el artículo 225 de la Constitución de la República del Ecuador, para efectos de este trabajo podemos mencionar entre otra normativa los reglamentos, ordenanzas, decretos, resoluciones, etc.

Por otra parte, debido al Estado Constitucional de Derechos y Justicia, sistema como se indicó adoptado por el Ecuador, donde los derechos humanos o fundamentales, son de igual jerarquía y el hecho que inclusive para su protección las disposiciones constitucionales, los ubican por encima de la propia Constitución, en la Norma Suprema se establecieron una serie de garantías jurisdiccionales con el propósito de que su protección sea rápida y eficaz.

En este marco de cosas podemos hablar de la Acción de Protección, Habeas Corpus, Habeas data, Acción de Acceso a la Información, Acción por incumplimiento, Medidas Cautelares y la Acción Extraordinaria de Protección; empero para derivaciones del tema que provoca esta investigación, para dejar sin efecto un acto administrativo que vulnere derechos subjetivos y derechos generales, solamente es preciso revisar la procedencia de la Acción de Protección y de medidas cautelares.

Que tienen soporte Constitucional en los artículos 87 y 88 de la Norma Fundamental, cuyo objeto es el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, pudiéndose plantear cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial y para evitar o hacer cesar la violación o amenaza de violación de un derecho.

2.5 Caracteres del Acto Administrativo

Los actos administrativos, por regla general, están creados por la Administración Pública para surtir efectos jurídicos. Cuando estos efectos son posibles, el acto

administrativo se torna perfecto y entonces estamos frente a un acto eficaz y por tanto ejecutoriable. Sin embargo, cuando los efectos no se producen o al menos no son válidos, nos encontramos frente a un acto ilegítimo, que puede tornarse en anulable en algunas ocasiones, y en otras puede perder su total validez, eficacia y hasta existencia, entonces hablamos de un acto nulo. Esos efectos, dan lugar a los caracteres del acto administrativo.

a.- La presunción de legitimidad;

b.- La ejecutividad;

c.- La ejecutoriedad

d.- La revocatoria

2.5.1. Presunción de legitimidad

Cuando un acto cumple con todos los procesos para su formación y expedición, enmarcado dentro de los lineamientos jurídicos previstos, las consecuencias jurídicas del mismo se tornan válidas. La legislación comparada y la doctrina en general establecen que el acto así concebido es legítimo.

En un sentido amplio, Dromi (379) define a la legitimidad como “la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente (...) La presunción de legalidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad de acto, también llamada presunción de legalidad, de validez, de juridicidad, o presunción de legitimidad”.

Al respecto, el artículo 68 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Judicial Ejecutiva prescribe lo siguiente:

Art. 68.- “Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”.

Todo acto emanado de la Administración Pública, se presume legítimo, pues el Estado mismo se sustenta en una organización jurídica que ha de ser respetada y acogida de modo esencial por la Administración Pública, convirtiéndose ella en el principal eje en el que se sustenta una sociedad moderna. No puede haber administrador público, que irrespete la ley o haga caso omiso de ella.

Para que el acto administrativo tenga la presunción de legitimidad debe ser perfecto, es decir, debe haberse cumplido con todos los requisitos o elementos que se necesitan para su validez, conforme al procedimiento y forma establecidos; esto es, teniendo en cuenta la competencia y voluntad que integran el procedimiento y que constituye distintas etapas, hasta que se agote y el acto jurídico llegue a ser definitivo, es decir, no susceptible de recurso alguno que haga pendiente el acto de una posterior confirmación, modificación, renovación, etc., ya que el acto perfecto puede ser impugnado por recursos administrativos por tratarse de acto injusto o inconveniente que adolezca de una ilegalidad de fondo o de forma, o porque se haya incurrido en cualquier vicio de la voluntad, cosa que suele ocurrir en las mejores administraciones. Así que un acto administrativo, cuando no adolezca de vicio alguno, cuando es perfecto, es porque se ha cumplido con todos los requisitos para su validez y eficacia y en tales circunstancias produce la presunción de legitimidad y se transforma en un acto ejecutorio.

Los actos de la administración se presumen ajustados al ordenamiento jurídico; particularidad del acto administrativo que se fundamenta en la organización jurídica.

Gustavo Penagos afirma que: "si los actos administrativos no tuvieran como carácter esencial la presunción de legalidad se desquiciaría la organización del Estado."

Pero lo anterior no quiere decir, de ninguna manera, que este beneficio que usufructúa el acto administrativo no se puede desvirtuar, todo lo contrario, ello sucede cuando se da alguna de las causales que la Ley consagra como de aquellas con suficiente razón para anularlo.

La presunción de legitimidad de los actos administrativos consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativos; por eso crea la presunción de que son legales; es decir, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción.

La presunción de legitimidad indiscutiblemente se caracteriza por ser una presunción legal relativa, provisoria, transitoria, que puede ser desvirtuada por el interesado demostrando que el acto viola el orden jurídico. Por lo tanto no es un valor consagrado, absoluto, sino que es valor hipotético o “condicionado”, que puede ser invertido justificando que el acto tiene ilegitimidad.

En definitiva bajo la prerrogativa constitucional de presunción de legitimidad gozan los actos administrativos, estos son validos hasta que autoridad competente mediante un proceso judicial o procedimiento administrativo declare lo contrario.

2.5.2 Ejecutividad

Dromi, nos ilustra al referir que la ejecutividad “es la obligatoriedad, el derecho a la exigibilidad y el deber del cumplimiento del acto a partir de su notificación (...) Todo acto administrativo regular tiene la propiedad de ser esencialmente ejecutivo; es una cualidad genérica inseparable del acto, con independencia de que se ejecute o no, lo cual puede depender ya de la decisión adoptada por la misma administración, ya de la suspensión dispuesta por el órgano jurisdiccional. (...) Ejecutividad es sinónimo de eficacia del acto. Es la regla general de los actos administrativos y consiste en el principio que una vez perfeccionados producen todos sus efectos, sin que se difiera su cumplimiento.”

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, prescribe en el artículo 124 que: *“Los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta norma y en la legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo.*

En esa idea de cosas, el acto administrativo una vez consolidado el proceso que origina su expedición, es decir que cumpla con los requisitos de validez, obliga a la autoridad de la cual provino a ejecutarlo, lo que significa que debe ser cumplido en su integridad, pues la característica de presunción de legitimidad de la que goza debe generar sus efectos en los administrados.

2.5.3 Ejecutoriedad

De manera muy concreta Dromi, define a la ejecutoriedad como “la posibilidad de la Administración, otorgada por el orden jurídico, de ejecutar por sí misma el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento”.

Los actos administrativos surgen a la vida jurídica para ser cumplidos; su incumplimiento, sin que medie oposición en vía administrativa o jurisdiccional, puede ser compelido por la acción de la autoridad o de la justicia; En el ordenamiento jurídico ecuatoriano el no acatar una resolución o disposición de autoridad competente implica el cometimiento de un delito.

Continuando con el criterio de Dromi, *“la ejecutoriedad es un típico caso propio de la función administrativa, a la que el ordenamiento jurídico por ley, contrato o reglamento, le otorga tal carácter, dotándola de medios de coerción que habilitan la realización inmediata y unilateral de estos actos administrativos.*

En esta línea de pensamiento es importante referirnos a los nexos de causalidad existentes entre los caracteres propios de los actos administrativos; entiendo a la ejecutoriedad como la prerrogativa de la administración para ejecutar coactivamente el acto administrativo. Bien enseña Dromi que *“la presunción de legitimidad avala la ejecutoriedad, pero a la vez la limita, dado que sólo son ejecutorios aquellos actos que la Administración puede ejecutar per se, dentro de la categoría genérica de actos regulares. La ejecutoriedad da por sobreentendida la ejecutividad, y a su vez la ejecutividad presupone la presunción de legitimidad.*

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 76 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo determina que:

Art. 76 “Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.

Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo e inciso anteriores los recursos que se propusieren contra resoluciones que expidiere la Contraloría General de la Nación en el juzgamiento de Cuentas, siempre que el rindente hubiere prestado caución para el desempeño del cargo. Cuando no la hubiere prestado o no la mantuviere vigente al momento de promover su acción, se le exigirá garantía hasta la cantidad de cincuenta mil sucres, o en proporción a las cauciones que para cargos semejantes suele exigirse.

El primer inciso del artículo citado, entendiendo como una excepción a la regla de la ejecución inmediata de los actos administrativos, se refiere a la contemplación legal de la posibilidad de suspender la ejecución del procedimiento coactivo cuando tal procedimiento se hubiere iniciado en virtud de una resolución o acto administrativo que haya causado estado y que implique una obligación económica a favor de la Administración, siempre que el impugnante afianzare el interés económico de la Administración.

Al respecto, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, consigna el alcance de la ejecutoriedad de los actos administrativos, así como los medios de ejecución forzosa previstos para tal efecto.

Art. 161 Ejecutoriedad.- Los actos de las Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.

Art 162.- Ejecución forzosa.- La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución.

En este cumulo de ideas, el desacato de la autoridad pública o del administrado, conlleva una serie de sanciones o penalidades, que pueden ir desde la pérdida de los derechos de ciudadanía, el cese de funciones del servidor público, el embargo de bienes y hasta el remate de los mismos. Desde luego, que toda sanción administrativa, ha de preceder una instancia reglada y no podrá aplicar otras sanciones que las establecidas en la Ley.

2.5.4 La Revocatoria

Además de ser una característica del acto administrativo, constituye una forma de extinción del mismo; cuando la administración, a través de quien emitió un acto administrativo, lo deja sin efecto, en razón de vicios esenciales de legitimidad, estamos frente a la figura de revocatoria de un acto.

La potestad administrativa de la autoridad pública, sobre la competencia que a él corresponde, es irrenunciable y también es irrenunciable la potestad de revocatoria del acto, por tanto solo puede revocar quién dictó el acto.

La anulación de los actos declarativos de derechos y no anulables requiere la declaratoria previa de lesividad para el interés público y debe ser impugnada ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, conforme lo preceptúa en el artículo 97 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

2.6 Efectos del Acto Administrativo

“Todo acto administrativo produce efectos jurídicos. Los resultados o consecuencias que de él se desprenden, y que pueden dar lugar a la creación, reconocimiento, modificación o extinción de una situación jurídica...La situación jurídica de crear, reconocer, modificar o extinguir derechos u obligaciones da lugar a la relación existente entre la administración y los administrados...”²⁰

²⁰ Trujillo Soto, Luis Oswaldo, El Acto Administrativo en la Contratación Pública, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011

La importancia de esto radica en el hecho que todo acto administrativa produce efectos o consecuencias jurídicas tanto para la administración pública como para los administrados, pues al extinguir obligaciones, esto provoca reclamos por parte de quienes se sintieren afectados por la decisión y de justificarse estos, la administración podría inclusive llegar a la indemnización.

2.6.1 Validez

La doctrina, jurisprudencia y el ordenamiento jurídico ecuatoriano sostiene que los actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumen validos y surten sus efectos desde la fecha de su emisión; esto con las excepciones previstas especialmente en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Sin embargo de aquello, el acto puede ser jurídicamente invalido, por haber sido dictado contraviniendo el ordenamiento jurídico. En virtud de esto, la presunción de validez es hasta que se declare nulo o sea anulado, en otras palabras hasta que sea formalmente eliminado a través de los medios de impugnación prescritos en la Ley, por parte de los interesados o administrados, o en su defecto sean anulados de oficio por la Administración.

La notificación, no constituye un requisito de la validez, sino de la eficacia del acto administrativo, al punto que los tratadistas excluyen del procedimiento administrativo constitutivo del acto administrativo, a la notificación, con lo que se deduce que un acto se reputa perfecto y totalmente terminado, así no hubiere sido comunicado a las partes; lo que acontece es que, el acto se vuelve inviable en sus efectos, dado el desconocimiento de las partes sobre la existencia del mismo. La notificación constituye el requerimiento fundamental para conseguir la eficacia del acto administrativo.

En definitiva, la notificación consiste en someter al conocimiento del administrado, las decisiones emanadas de autoridad pública. La eficacia de los actos administrativos queda supeditada a su notificación, de tal manera que el acto podrá ejecutarse una vez notificado.

Si bien es cierto, la notificación no constituye un requisito de validez, y como se demostró si de la eficacia, puede derivarse que el afectado por una decisión administrativa la conozca, produciéndose así el derecho a la defensa, en virtud del cual se garantiza al administrado el principio de contradicción.

Al respecto la Constitución de la República del Ecuador, en el artículo 86, sobre las garantías jurisdiccionales, ordena entre otras cosas lo que sigue:

2. Será competente la jueza o juez del lugar en el que se origina el acto o la omisión o donde se producen sus efectos, y serán aplicables las siguientes normas de procedimiento:

d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, el legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión”.

En esta parte es importante considerar la trascendencia que tiene la notificación dentro de los actos administrativos y jurisdiccionales, lo que ha generado que dicha figura jurídica ahora tenga la categoría de garantía jurisdiccional, en la que el juzgador debe considerar poner en conocimiento de sus providencias y demás actos, por los medios más eficaces, esto es por medios idóneos, en el caso judicial, las notificaciones de modo general se hacen en el domicilio que para el efecto señalen las partes, que de modo general es el casillero judicial que pertenece al abogado patrocinador o de la defensa; en tanto que en sede administrativa, cuando el ciudadano o administrado ha realizado alguna petición, solicitud, ha planteado algún reclamo o interpuesto cualquier recurso, la autoridad deberá notificar sus respuestas o dar la atención requerida, en el domicilio que para el efecto haya señalado el administrado.

Debo reafirmar el criterio jurídico que estatuye a la notificación como un derecho básico que tiene todo ciudadano a ser debidamente informado de los actos emanados de la administración, tanto más si el contenido del mismo podría afectar sus derechos o intereses y que la notificación debe contener varias condiciones para su plena validez.

Requisitos de Validez.- Según el tratadista Bacacorzo los requisitos de validez son la competencia, legitimidad, la forma y la manifestación de voluntad.

La Competencia.- Un acto administrativo es legítimo cuando ha sido proferido por el órgano competente. La competencia es la potestad que tiene un órgano del Estado para proferir un acto o como lo define Gordillo: "el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo". ²¹

Por lo tanto ningún servidor público puede ejercer su actividad sino dentro del marco de la competencia jurídica de la que goza.

El territorio.- Es el límite físico de actuación de los órganos y personas públicas, ámbito espacial condicionado al ejercicio legítimo de la competencia.

La materia.- que guarda relación con las actividades o tareas que corresponden a cada órgano, funcionario o servidor público.

El grado.- Está vinculado al concepto de jerarquía, pues, como hemos visto, la función pública no se ordena en un mismo plano y en ese ordenamiento los órganos o funcionarios inferiores no pueden ocuparse de las tareas que corresponden a los superiores, ni viceversa.

El tiempo.- que se refiere aquellos eventos en los cuales las facultades se otorgan para ser ejercidas durante un lapso o tiempo determinado.

Legitimidad.- Todos los actos deben estar sujetos a la Ley. El abuso, exceso y la desviación es ilicitud y conducen a la anulación que genera una consiguiente responsabilidad.

Forma.- Complejo de requisitos y formalidades que deben cumplirse, tanto en la substanciación como en su culminación, esto es en la expresión de la voluntad concreta.

²¹ Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo. III Buenos Aires, Editorial Machi, 1996

Manifestación de voluntad.- La administración pública puede actuar de manea expresa, directa y concreta según el objeto del acto y tácita, que se deduce en el sentido de interpretación de la norma.”²²

Estos requisitos son de importancia trascendental para la plena validez del acto administrativo, pues la autoridad administrativa o judicial para movilizar el aparato estatal contra los administrados debe asegurarse, de tener capacidad legal para hacerlo, caso contrario su decisión podría provocar la invalidez del acto administrativo, y, si fuera el caso la anulación por medio de los recursos previstos en la legislación.

2.6.2. Invalidez

La invalidez de los actos administrativos

La invalidez proviene de alguna desviación, incumplimiento o inobservancia del ordenamiento jurídico.

En la legislación privada, la regla es la nulidad de los actos contrarios a las leyes; en el Derecho Administrativo, por el contrario es la anulabilidad; pues los supuestos son diferentes, no rigiendo el principio de autonomía de voluntad y por consiguiente las consecuencias son diversas.

Por razones de eficacia y economía procesal, se tiende además a la conservación de los actos. No de otro modo se lee lo prescrito en el artículo 66 sobre los derechos de libertad consagrados en el texto constitucional, cuando el número 29, letra d establece: “Que ninguna persona puede ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”.

En ese mismo orden el artículo 425 de la Constitución Política del Estado consagra la supremacía constitucional y la invalidez de cualquier norma de inferior rango, que contradiga o altere de algún modo sus prescripciones. Dicha disposición constitucional igualmente, manda a las cortes, tribunales, jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos a resolver los conflictos suscitados

²²<http://www.monografias.rinconelvago>

entre normas de distinta jerarquía, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior.

Lo comentado provoca que la teoría de la invalidez de los actos administrativos se aparte de los postulados aplicables al Derecho Civil, dado que la actividad de la Administración Pública, es regulada por el Derecho Público y como tal produce efectos y consecuencias distintas.

2.6.3 Nulidad

En nuestro ordenamiento jurídico se requiere de la impugnación del acto administrativo ante autoridad competente para demoler las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos.

El acto administrativo nulo es aquel que nace sin ningún efecto jurídico; pues su defecto de contradicción jurídica es tan evidente o manifiesto que en su simple apreciación y análisis surge su ineficacia, su invalidez jurídica. La propia administración pública tiene competencia para reconocer su nulidad, mediante la expedición de otro acto que lo deje sin efecto, siempre que este no haya declarado derechos subjetivos y no se lo haya publicitado; pues se ha producido tal declaración y notificación, goza provisoriamente de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y solo puede quedar sin efecto por decisión jurisdiccional que siempre tendrá efectos retroactivos.

El artículo 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva sostiene: *“Nulidad de pleno derecho.*

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

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 órgano incompetente 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 ésta;

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 expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren 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.

En este sentido, la extinción de un acto administrativo por la propia Administración, es posible mediante la expedición de un nuevo acto que lo deje sin efecto, siempre y cuando dicho acto no hubiere sido ejecutado, ni tampoco hubiere declarado derechos al administrado.

2.6.4 Anulabilidad

El supuesto de anulabilidad se circunscribe a una infracción menor al ordenamiento jurídico, remediable mediante la enmienda del vicio del acto del que originalmente adolece el acto administrativo, pues al estar dicho acto investido de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, se determina un límite de tiempo para su impugnación, en resguardo de la seguridad jurídica y satisfacción de los fines públicos.

García de Enterría y Tomas Ramón Fernández, sostienen: *La anulabilidad se establece por el ordenamiento jurídico en beneficio exclusivo del particular afectado del acto viciado. Para ello se reconoce a éste la posibilidad de reaccionar contra el mismo y de solicitar la declaración de nulidad del acto. Si esta reacción del afectado 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 anulables,*

*subsana los vicios de que adolezcan, convalidación que producirá efectos a partir de la fecha en que tenga lugar”.*²³

Aquí podemos concluir que el supuesto de anulabilidad se circunscribe a una infracción menor al ordenamiento jurídico, remediable mediante la enmienda del vicio del acto del que originariamente adolece el acto administrativo, pues al estar dicho acto investido de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, se determina un límite de tiempo para su impugnación, en resguardo de la seguridad jurídica y satisfacción de los fines públicos.

²³ Penagos, Gustavo, El Acto Administrativo, Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá 1980

CAPITULO III

3.- EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

3.1 Vicios que no pueden ser subsanados

“Es de advertir que la subsanación o convalidación no es jurídicamente posible cuando el acto allá creado derechos a favor de particulares, pues si la forma constituye una garantía a favor de estos no es factible que la misma se torne contra sus derechos o intereses legítimos”.²⁴

El artículo 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que no son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se consideraran como nulos de pleno derecho: *a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo; b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito y, c) Aquellos actos cuyos presupuestos facticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.*

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

En esta parte destacamos que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano no son susceptibles de ser subsanados los actos nulos de pleno derecho, por sus características de insubsanables. Caso contrario no tendría razón de ser las prescripciones constitucionales y legales que nos rigen.

3.2. Efecto Retroactivo

El numeral 3 del artículo 125 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, prescribe que: “Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, así

²⁴ Zavala Egas, Jorge, Lecciones de Derecho Administrativo, Edilex S.A. Editores.

mismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y esta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas”.

Tradicional y jurídicamente en la legislación ecuatoriana las leyes, los actos administrativos, contenidos en resoluciones, reglamentos o cualquier otra normatividad rigen para lo venidero, es decir para el futuro, en consecuencia no tienen efectos retroactivos. Excepcionalmente el poder legislativo podría expedir una Ley o norma con efectos retroactivos.

3.3. Argumentos de orden público

“Lo que destaca esta jurisprudencia es que no se sustenta en el ordenamiento jurídico positivo y, también, que no define cuales son las cuestiones que sean inherentes al orden público, y procesalmente no hay norma que faculte al tribunal a que, en forma previa a la admisión de la demanda emita un pronunciamiento sobre un vicio de orden público”.²⁵

La importancia radica aquí en el hecho que en la jurisprudencia, lo que se refleja son cuestiones estrictamente de orden público, mismas que afectan la regularidad, la competencia en sus diversas formas y el accionar del órgano administrativo correspondiente.

3.4. Extinción por la misma Autoridad o por Autoridad Superior

La revocatoria es una característica del acto administrativo por medio de la cual se deja sin efecto otro acto, emitido sobre el mismo asunto sea por razones de falta de oportunidad o de conveniencia al interés público, o por ser la decisión administrativa ilegítima.

Los actos administrativos de manera general pueden ser revocados por la misma autoridad que los emitió o por el superior jerárquico, en cualquier tiempo; las autoridades públicas para revocar los actos administrativos, deben necesariamente

²⁵ Zavala Egas, Jorge, Lecciones de Derecho Administrativo, Edilex S.A. Editores.

estar en actitud legal para expedir actos revocatorios esto, en virtud del principio de legalidad.

Cuando un acto administrativo lesiona el bien social, debe encontrarse el mecanismo para su eliminación de la vida jurídica, el cual es factible usando medios legítimos a petición de oficio por el mismo servidor público que lo expidió, por autoridad jerárquicamente superior o, por un órgano administrativo tutelar ajeno al ente o por decisión judicial.

3.5 Vicios que impiden la convalidación del Acto administrativo

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, presupuesta en el artículo 94 que: *.-“Vicios que impiden la convalidación del acto.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nullos de pleno derecho:*

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

Disposición legal en la que inexorable y concretamente se determina la imposibilidad de convalidación de los actos viciados de nulidad.

Empero de aquello y como se indicó con anterioridad, los actos administrativos anulables si pueden ser convalidados por la Administración, subsanando los vicios que padezcan, con el único y exclusivo propósito de garantizar la seguridad jurídica, derecho fundamental consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

La revocación.- Es un acto administrativo emanado de la propia Administración, y, como oportunamente señalamos tiene como finalidad dejar sin efecto un acto administrativo, que pudiese afectar por alguna causa el interés público.

La rectificación de errores.- Al respecto el artículo 59 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado “La Contraloría General del Estado podrá rectificar, en cualquier tiempo, dentro de los plazos de prescripción y caducidad, de oficio o a petición de parte, los errores aritméticos o de cálculo en los que se hubiere incurrido, tanto en la predeterminación de la responsabilidad civil culposa, como en las resoluciones y en las ordenes de reintegro”

Sobre este particular podemos concluir que definitivamente la doctrina y algunas leyes del ordenamiento jurídico ecuatoriano, como la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, posibilitan la rectificación de errores aritméticos o de cálculos, que se cometieren al expedirse los actos administrativos, lo que no implica su revocación. Debemos destacar sobre manera esta disposición, pues, los servidores públicos en este caso de la Contraloría General del Estado, son parte de la especie humana y en consecuencia están sujetos a equivocarse o cometer errores de buena fe, las cuestiones aritméticas o de cálculo incuestionablemente son complicadas y pueden generar errores, atribuibles a falta de cuidado.

3.6. Acto dictado por Órgano Incompetente

“La exigencia de que la incompetencia sea manifiesta suele ser objeto de críticas afirmándose que lo que es, o puede ser, manifiesto para un jurista experimentado no lo es, o puede no serlo, para quien no lo sea tanto o simplemente, no lo sea” “La incompetencias por razón de la materia o del territorio siempre constituyen una infracción grave (manifiesta) y por tanto, deben dar lugar a la nulidad radical del acto”.²⁶

“La distribución de competencias en el seno de la Administración únicamente puede realizarse si previamente una norma la ha atribuido una concreta potestad. Como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, la competencia es la medida de la potestad atribuida a cada órgano, de forma que no puede haber competencia si no hay previamente una potestad a repartir”²⁷

²⁶ Zavala Egas, Jorge, Lecciones de Derecho Administrativo, Edilex S.A. Editores.

²⁷ Zavala Egas, Jorge, Lecciones de Derecho Administrativo, Edilex S.A. Editores.

Se señaló que la competencia es elemento esencial del acto administrativo; y que no es otra cosa que las atribuciones y facultades de las que se encuentra investidos los organismos y entidades previstas en el ordenamiento jurídico positivo del Ecuador, en otras palabras es el conjunto de facultades y obligaciones que el órgano o entidad puede ejercer legítimamente. Cuando el organismo o entidad se aleja de sus facultades o atribuciones, sus actuaciones carecen de legalidad y por consiguiente el acto administrativo por ser emitido por autoridad incompetente, ya sea en razón del territorio, tiempo, materia y grado debe ser declarado nulo.

3.7. Cuando los Actos son delitos

El Código Penal ecuatoriano en el Art. 10 establece que *“Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar...”*.

“Las infracciones tributarias se clasifican en: delito de defraudación, contravenciones y faltas reglamentarias...”

El Código Orgánico de la Producción prevé:

Art. 75... *Son infracciones aduaneras los delitos, contravenciones y faltas reglamentarias previstas en el presente Código.*

Para la existencia del delito se requiere la existencia de dolo, para las contravenciones y faltas reglamentarias se sancionarán por la simple transgresión a la norma...”

...El acto administrativo constitutivo de infracción penal ordene la comisión de una infracción penal, caso en que primero se dicta el acto administrativo y solo en forma posterior, sí se cumple el acto, se comete la infracción penal...

También puede acaecer que el acto administrativo sea constitutivo por sí mismo de infracción penal, es decir, que ésta es coetánea al nacimiento del acto...

Cuando se trata de actos administrativos dictados como consecuencia de una infracción penal, como es lógico, primero se produce ésta y el acto administrativo la trae como causa...”

He sostenido que los actos administrativos, con las excepciones prescritas específicamente en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado son de cumplimiento obligatorio, que la autoridad que lo expida debe hacer surtir sus efectos haciéndolo cumplir, en otras palabras debe ejecutarlo, pues su incumplimiento por parte del administrado o de cualquier autoridad que jurídicamente tenga la obligación de ejecutarlo, provoca el cometimiento de un delito; lo señalado guarda armonía perfecta con las transcripciones de disposiciones legales citadas en el párrafo anterior. Pues se puede expedir un acto administrativo sin ser competente para hacerlo, es decir sin ostentar el cargo o designación legal para emitirlo o simplemente no tener facultad o atribución para ello, como que si el Presidente de una Junta Parroquial, expida una Ordenanza Municipal o reglamento una Ley, entonces se origina un delito y el Estado tiene la obligación de perseguir y sancionar al infractor, a través de los órganos creados por el aparato estatal.

CAPITULO IV

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PROPUESTA, CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES, BIBLIOGRAFÍA

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PROPUESTA

Para resolver este problema me propongo diseñar una normativa que determine de manera adecuada que se presume la legalidad de los actos administrativos desde que se encuentren en firme o ejecutoriados; pues el organismo, entidad o autoridad competente deberá cumplir con los requisitos establecidos en la ley y su reglamento de aplicación. En todos los casos se garantizará al administrado el derecho al debido proceso.



ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

CONSIDERANDO:

Que, el artículo 1 de la Constitución declara al Ecuador como un estado Constitucional de derechos y justicia.

Que, el artículo 11 numeral 9 de la Constitución de la República del Ecuador indica que el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución;

Que el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador indica que las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras y servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley...”

Que el artículo 233 de la Constitución de la República del Ecuador establece que ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones...”

En el Ecuador a partir del 20 de octubre del año 2008, fecha de vigencia de la actual Constitución de la República, se consagro como un Estado Constitucional de Derechos y justicia.

La presunción de legalidad de los actos administrativos, en la forma prescrita en la Norma Suprema es sumamente subjetiva, pudiendo provocar excesos en su interpretación y en perjuicio de los administrados.

En ejercicio de las atribuciones y facultades que me confiere el numeral 5 del artículo 134 de la Constitución de la República del Ecuador; para conocimiento y aprobación del pleno de la Asamblea Nacional presento el siguiente proyecto de Ley:

Código Orgánico Administrativo y de Procedimientos Administrativos para el Sector Público

Dado, en la ciudad de Loja, provincia del mismo nombre, a los cinco días del mes de octubre del 2012.

Dr. Luis Alberto Ordóñez Córdova

Conclusiones

- 1).- El acto administrativo goza de presunción de legalidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, al tenor de lo dispuesto en el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador.

- 2).- El acto administrativo por la presunción de legalidad de la que constitucionalmente goza, es de cumplimiento inmediato y con el carácter de obligatorio desde la fecha de su expedición.

- 3).- La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, establece excepciones, respecto de la ejecutoriedad de los actos administrativos establecidos mediante responsabilidades civiles culposas, de las que se generan las glosas, que llevan consigo la indemnización por parte de los administrados y a favor de la Administración Pública.

- 4).- La presunción de legalidad del acto administrativo produce efectos negativos en los derechos subjetivos de los administrados.

- 5).- Las disposiciones previstas en la Constitución de la República y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, afectan los derechos subjetivos de los administrados al expedirse e impugnarse los actos administrativos; así mismo provocan errores matemáticos o de cálculo.

Recomendaciones

- 1).- Presentar a la Asamblea Nacional un proyecto de reformas constitucionales, que garanticen los derechos subjetivos individuales de los administrados al expedirse los actos administrativos.

- 2).- Presentar a la Asamblea Nacional un proyecto de Ley de creación del Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo.

- 3).- La reforma a la Constitución y la creación del Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo, considerarán la creación en las unidades de talento humano de una comisión o cuerpo colegiado independiente con atribuciones suficientes para que en materia de recurso humano, antes que la máxima autoridad de la entidad u organismo expida un acto administrativo, que pueda vulnerar derechos subjetivos de los administrados, emita opinión o criterio vinculante respecto de la constitucionalidad y legalidad de dicho acto.

- 4).- Por ningún motivo las reformas a la Constitución de la República y el nuevo Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo, estipularan la ejecución de los actos administrativos, sin el informe de la comisión o cuerpo colegiado designado.

- 5).- El nuevo Código Administrativo y de Procedimiento Administrativo, ordenarán que los actos administrativos expedidos por las máximas autoridades de las entidades y organismos del sector público, con aprobación de la comisión o cuerpo colegiado, surtirán sus efectos una vez que el administrado de ser el caso reciba la totalidad de la indemnización que le tocare percibir.

BIBLIOGRAFÍA

1. Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial N° 449 de octubre 20-2008
2. ZAVALA EGAS Jorge, Lecciones de Derecho Administrativo, Edilex S.A. Editores, 2011
3. PEREZ, Efraín, Derecho Administrativo, acorde con la nueva Constitución ecuatoriana, Tomo I, 2009
4. TRUJILLO SOTO, Luis Oswaldo, El Acto Administrativo en la Contratación Pública, Editorial Jurídica del Ecuador, 2011
5. Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, publicada en el Registro Oficial N° 338 de marzo 18-1968
6. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicada en el Registro Oficial N° 536, de marzo 18 – 2002
7. PEREZ, Efraín, Manual de Derecho Administrativo, acorde con la nueva Constitución ecuatoriana, 2010
8. ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, México, Décimo Tercera Edición Actualizada, 1997.
9. AGUIRRE TORRES, Marco Boris, Manual de Práctica de Derecho Administrativo.
10. ALTAMIRA, Pedro Guillermo, Curso de Derecho Administrativo, Ediciones Desalma, 1989.

11. CASSAGNE, Juan Carlos, Derecho Administrativo, Tomo II, Octava Edición Actualizada, 2006.
12. DE LAUBADERE, Andrés, Manual de Derecho Administrativo, Editorial Temis, Bogotá, 1984.
13. DIEZ, Manuel, Derecho Administrativo, Editorial Plus Ultra, Segunda Edición, Buenos aires.
14. DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Editorial Ciudad Argentina, Buenos Aires, Décima Edición, 2004.
15. FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, , 21ava. Edición, México 1981.
16. GORDILLO, Agustín, El Acto Administrativo, Buenos Aires, 1963.
17. PENAGOS, Gustavo, El Acto Administrativo, Tercera Edición, Ediciones Librería del Profesional Bogotá, 1980.
18. Registro Oficial No. 536 del 18 de marzo del 2002.
19. Registro Oficial No. 99 del 2 de julio de 1997.
20. Registro Oficial No.559 de 19 de abril del 2002.
21. SAYAGUES LASO, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Cuarta Edición, Montevideo, año 1974.
22. Sentencia 298-04, juicio 284, -2003, Registro Oficial No.37, de 13 de junio del 2005.
23. Suplemento del Registro Oficial No.595 de 12 de junio del 2002.