



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA ADMINISTRATIVA

TITULACIÓN DE MAGÍSTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO

La lesividad en el derecho público ecuatoriano

TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

AUTOR: Calderón Terán, Marcelo Francisco

DIRECTOR: Samaniego Muñoz, Luis Erasmo, Dr. Mgs.

CENTRO UNIVERSITARIO IBARRA

2013

CERTIFICACIÓN

Doctor Mgs.

Luis Erasmo Samaniego Muñoz

DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRIA

CERTIFICA:

Que el presente trabajo, denominado: “Lesividad en el derecho público ecuatoriano” realizado por el profesional en formación: Calderón Terán Marcelo Francisco; 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 contenido, por lo cual me permito autorizar su presentación para los fines pertinentes.

Loja, julio de 2013

f)

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

“Yo Calderón Terán Marcelo Francisco 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 de Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”



f)

Autor: Calderón Terán Marcelo Francisco

Cédula: 100171386-4

DEDICATORIA

El presente trabajo está dedicado, a todos los ecuatorianos, usuarios de las instituciones públicas; quienes tenemos el derecho de recibir una atención de calidad, con calidez, oportuna y eficiente.

Marcelo Calderón Terán

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento a la universidad Técnica Particular de Loja y de manera especial al Dr. Mgs. Luis Samaniego Muñoz, Director de Tesis, quien en forma profesional ha hecho posible la culminación del presente trabajo; que servirá de herramienta a las autoridades de las instituciones públicas y de instrumento a los administrados, en pos de garantizar los magnos derechos previstos en la Constitución de la República del Ecuador.

Marcelo Calderón Terán

ÍNDICE DE CONTENIDOS

Introducción

CAPÍTULO I

1. NOCIONES GENERALES

1.1. Naturaleza

1.2. Antecedentes

1.3. La Lesividad en otras legislaciones

1.4. La Autotutela como principio fundamental en el Derecho Administrativo

1.5. El Principio In Ius Vocatio

1.6. La Causalidad

1.7. La Imputación Objetiva

CAPÍTULO II

2. LA LESIVIDAD

2.1. Concepto

2.2. La Lesividad en la Legislación Ecuatoriana

2.3. Fundamentos Legales de la Lesividad

2.4. La Declaración Previa de Lesividad

2.5. Requisitos de la Lesividad

2.6. La Declaración de Lesividad

2.7. La Acción de Lesividad

CAPÍTULO III

3. EL PROCEDIMIENTO EN EL JUICIO DE LESIVIDAD

3.1. Plazo

3.2. La Demanda

3.2.1. Presentación de la Demanda

3.2.2. Término para Deducirla

3.3. Calificación de la Demanda

3.4. Citación

3.5. Contestación a la Demanda

3.6. La Prueba

3.6.1. Características de la Prueba

3.6.2. Trámite

3.6.3. Clases de Prueba o Medios de Prueba en Materia Contencioso Administrativo

3.7. El Alegato

3.8. La Sentencia

- 3.8.1. Estructura de la Sentencia
- 3.9. La Aclaración y la Ampliación
- 3.10. La Ejecución de la Sentencia
- 3.11. El Recurso Contencioso Administrativo
 - 3.11.1. Definición
 - 3.11.2. Clases de Juicios Contenciosos Administrativos
 - 3.11.3. Partes Procesales en el Juicio Contencioso Administrativo

CAPÍTULO IV

4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Conclusiones

Recomendaciones

Bibliografía

Anexos

RESUMEN EJECUTIVO

La lesividad, es una figura jurídica cuyo objetivo primordial es subsanar el mal jurídico del que adolece un acto o resolución del poder público, a través de sus instituciones por ser este considerado lesivo o perjudicial a los intereses del Estado o de los administrados, por estar viciados de ilegalidad y ser atentatorio a orden jurídico vigente; siguiendo el procedimiento administrativo o judicial establecido y conseguir de ellos su revocatoria o declaratoria de nulidad.

ABSTRACT

The harmfulness, is a legal entity whose primary objective is to overcome the evil of law allegedly vitiating an act or decision of government, through its institutions as this is considered harmful or detrimental to the interests of the State or of the governed, being vitiated the illegality and be prejudicial to the existing legal order, following the administrative or judicial procedure and getting them established their revocation or declaration of nullity.

INTRODUCCIÓN

Las ecuatorianas y los ecuatorianos, no tenemos conocimiento de cuáles son los recursos que poseemos, como ciudadanos, frente a los abusos del poder de la administración pública, ni los servidores públicos que ejercen la titularidad de dichos organismos o sus autoridades nominadoras; por lo tanto el objetivo de ésta investigación no es más que el de dar a conocer sobre algunas de las formas que tenemos para apelar las decisiones de la Administración Pública y además cual debería ser de oficio, una de las acciones que la propia Administración debería ejercer ante el cometimiento de un error por parte de alguno de sus servidores o funcionarios; quienes en el mejor de los eventos los revocan sin observar el debido proceso que se requiere para su procedencia y admisibilidad, lo cual provoca su nulidad por falta de competencia y genera problemas jurídicos de los cuales el Estado a través de sus instituciones es responsable en la indemnización económica que conlleva los daños provocados a los administrados.

Aunque en la doctrina se considera que de manera general, las soluciones ante los abusos del poder por parte de la administración pública pueden ser iniciados de oficio por la propia administración; en la práctica, por lo menos en nuestro país, cuando existe abuso de autoridad o errores cometidos por la administración pública, es decir de cualquier de los funcionarios públicos que la componen, generalmente es el administrado quien tiene que iniciar la acción en contra de dicha administración.

Cuando la administración pública autora de un acto administrativo quiera anularlo, es preciso que demande dicha anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero previamente a interponer la demanda, debe declararlo lesivo a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza, en el plazo de tres años, contados desde la fecha en que hubiera sido dictado; y, para que proceda esta declaración de Lesividad debe tratarse de actos que no sean nulos de pleno derecho, pues en este caso, la administración debe declarar, dicha nulidad, en cualquier momento.

Este trabajo de investigación comprende cuatro capítulos, en el Primer Capítulo encontramos las nociones generales, con los siguientes contenidos: naturaleza, antecedentes, la lesividad en otras legislaciones, la autotutela como principio fundamental en el Derecho Administrativo, el principio *In IusVocatio*, la casualidad y la imputación objetiva.

En el Segundo Capítulo denominado, La Lesividad, encontramos: concepto, la lesividad en la Legislación Ecuatoriana, los fundamentos legales de la Lesividad, la declaración previa de Lesividad, requisitos de la Lesividad, la declaración de Lesividad y la Acción de Lesividad.

Continuamos con el Tercer Capítulo desarrollando el procedimiento en el Juicio de Lesividad, iniciando por el plazo, la demanda, calificación de la demanda, citación, contestación a la demanda, la prueba, el alegato, la sentencia, la aclaración y la ampliación, la ejecución de la sentencia y el recurso Contencioso Administrativo.

Finalmente encontramos las conclusiones y recomendaciones, en ella precisamos que en el Ecuador esta acción es prácticamente inaplicable, puesto que son muy pocos los casos en los cuales tanto la doctrina como la jurisprudencia evidencian que la propia administración pública corrija de oficio sus propios errores, sin embargo el principal problema radica en que ni los funcionarios que componen la administración pública, ni mucho menos los ciudadanos, es decir, los administrados que muchas veces nos vemos afectados por estos actos y decisiones administrativas, tenemos conocimiento de los mecanismos que la propia ley nos faculta para impugnar tales actos y hacer respetar nuestros derechos; por lo que, es importante que en la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se establezca claramente el procedimiento y el término respectivo para interponer la acción de Lesividad.

CAPÍTULO I

1. Nociones generales

1.1. Naturaleza.

La jurisdicción contencioso administrativa tiene su origen en el derecho administrativo. De tal manera que la misma debe conocer de las pretensiones fundamentales en derecho administrativo, salvo que, aunque se relacionen con los actos administrativos, se atribuyan por una ley a la jurisdicción distinta a la administrativa.

A parte del ámbito propio específico como jurisdicción administrativa, la ley le atribuye esta jurisdicción al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la misión muy importante de contralor de la juridicidad de los actos de la administración pública.

Especialmente se trata de una jurisdicción que nace como medio de control para que los administrados se defiendan en contra de los actos y resoluciones de la administración y excepcionalmente para que la administración pueda dejar sin efectos sus propias resoluciones, a través de la declaratoria de lesividad de sus propios actos.

La solución a este dilema se puede franquear a través de dos vías: en sede administrativa y en sede judicial.

La jurisdicción contencioso-administrativa, es una jurisdicción especial. Aun cuando, en ocasiones parece haberse puesto en tela de juicio el carácter especial de la jurisdicción contencioso administrativa, la mayoría de las doctrinas no dudan al afirmar tal característica de esta jurisdicción aunque la afirmación no tiene un valor puramente doctrinal. Por el contrario tiene una trascendencia práctica indudable.

Porque, al ser especial, no hay necesidad alguna que se dicte un código al servicio de la misma, regulando todos y cada uno de los aspectos orgánicos y procesales que ofrece. Al ser jurisdicción le serán aplicables todos los preceptos orgánicos y procesales comunes, si bien con las especialidades propias de la materia sobre la que versa. Desde otro punto de vista, la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, es el requisito procesal

más importante. Eso significa que para que pueda ser examinada en cuanto al fondo una pretensión fundada en preceptos del derecho administrativo debe ser deducida, precisamente, ante esta jurisdicción especial. Ni una pretensión de este tipo puede ser deducida ante jurisdicción distinta, salvo las excepciones ya establecidas anteriormente. Ni una pretensión con otro fundamento podrá ser examinada ante la jurisdicción del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Pero si es importante poner especial énfasis a la jurisdicción administrativa a través del proceso de lo contencioso administrativo, como la parte medular de nuestra disciplina jurídica, el derecho procesal administrativo.

El Dr. Alfredo Mora Guzmán en su obra: “Estudio Comparativo entre los recursos subjetivo, objetivo y la Acción de Lesividad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Ecuador”, señala que la acción de lesividad como tal tiene origen en Europa en el derecho español, es así en el año de 1853, la corona española dictó el Real Decreto de Hacienda, mediante el cual se establece que: *“en los negocios en que versen recíprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares causarán estado las resoluciones que en mi nombre adopte el ministerio de Hacienda y sean revocables por la vía contenciosa a la que podrán recurrir ellos, tanto el gobierno como los particulares si creyeren perjudicados sus derechos.”* En este decreto se establecía que el plazo para acudir a la vía contenciosa administrativa era de seis meses contados a partir de que el gobierno entendiera que la resolución le causó perjuicio y ordenó la revocación¹.

En el derecho español, es un acto administrativo por el que una entidad pública considera dañino para los intereses públicos, un acto previamente dictado por ella misma, que es desfavorable a los interesados, con el fin de poder solicitar su anulación ante la justicia.

1.2. Antecedentes.

El Estado social y democrático de Derecho se caracteriza por una intervención creciente de las autoridades en las actividades económicas, políticas, sociales y culturales del gobernado, con el objetivo esencial de coordinar y armonizar los intereses de una

¹MORA GUZMÁN, Alfredo. Estudio Comparativo entre los recursos subjetivo, objetivo y la acción de lesividad en la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el Ecuador. Editorial Jurídica. 2010.

comunidad pluralista, por lo tanto, la administración pública se ha transformado de manera paulatina pero irreversible, en una entidad cada vez más extensa y compleja.

Debido a este crecimiento constante de la actividad administrativa del Estado Ecuatoriano, es preciso reforzar la protección de los particulares para que puedan defender sus derechos e intereses y evitar su avasallamiento frente a la administración pública. Existen varios instrumentos tutelares de carácter político y social, sin embargo, se considera que los más importantes se encuentran comprendidos dentro del ámbito de la justicia administrativa.

El doctor Nelson López en su obra *El Procedimiento Previo a la Destitución de los Empleados Públicos* hace referencia a los antecedentes al Derecho Contencioso Administrativo y señala: “En el Ecuador, el control constitucional y el control de la legalidad estuvieron confiados a los organismos autónomos desde la Constitución de 1906 con diferentes nombres: El Consejo de Estado, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La Constitución Política del Ecuador de 1946 en su artículo 146 se refiere a las atribuciones y deberes del Consejo de Estado (creado en la Constitución de 1906), el numeral 8, dice: “Conocer y decidir de las cuestiones contencioso administrativas”.

De esta manera el Consejo de Estado tenía como finalidad de actuar no solo como órgano que velaba por la observancia de la Constitución y las leyes, sino también de actuar en condición de Tribunal Contencioso Administrativo, incluida la función de Contencioso Tributario.

En el Registro Oficial N. 40 de 19 de Octubre de 1948 se publicó el Reglamento de lo Contencioso Administrativo expedido por el Consejo de Estado, siendo el literal f), aquel que especificaba la labor de dicho cuerpo colegiado, el mismo que me permito transcribir: f) “La constancia de que el contencioso administrativo tiene por objeto revisar en sede jurisdiccional el acto administrativo, verificar su legalidad y mantener o modificar sus efectos”.

Posteriormente la Asamblea Nacional Constituyente de 1967 solucionó el problema con la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en todo el país. En 1.992 mediante Ley N. 20 reformativa de la Constitución Política del Estado, publicada en el Suplemento N. 93 del Registro Oficial de 23 de Diciembre de 1992 suprime expresamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero al mismo tiempo crea en su disposición novena los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo, con el objeto de modernizar y descentralizar la administración de justicia, con tribunales que pertenecen a la Función Judicial pero de carácter especializado por la competencia privativa que sobre el control de legalidad le otorga la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expedida en el Registro Oficial N. 338 de 18 de Marzo de 1968 que se halla actualmente en vigencia y determina en su Art. 10.- “Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo:

- a. Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la administración Pública, o de las personas semi públicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad.²

Esta aparente limitación, se constituye en un instrumento del que se vale el derecho administrativo para garantizar la estabilidad de los actos administrativos, lo mismo que se constituye en una característica fundamental de éste y de la seguridad jurídica que impera en nuestro ordenamiento jurídico.

1.3. La lesividad en otras legislaciones.

LA LESIVIDAD EN EL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

²LÓPEZ, Nelson. El Procedimiento Previo a la destitución de empleados públicos. Primera Edición. Quito 2004.

www.acciondelesividad/derecho colombiano.org.com

ACCION DE LESIVIDAD - Entidad pública / ENTIDAD PUBLICA - Representación / GRADO DE CONSULTA EN IMPUESTOS

En primer término, la acción impetrada en el presente proceso por la Nación, es la denominada por la doctrina, acción de lesividad, consagrada en el artículo 149 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de la cual, las autoridades administrativas pueden demandar sus propios actos cuando siendo violatorios de norma superior no pueden ser revocados por su propia decisión. En efecto, el precitado artículo 149 del C. C. A. el regular la “representación de las personas de derecho público” indica que las entidades públicas y las privadas que cumplan funciones públicas podrán obrar como demandantes en los procesos contenciosos administrativo y que ellas “podrán incoar todas las acciones previstas en este código si las circunstancias lo ameritan”. En esta forma es evidente que la Administración podía como en efecto ocurrió en el presente caso, demandar la Resolución mediante la cual la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales conoció del grado de consulta a través de la cual la Administración de Impuestos de Bucaramanga resolvió el recurso de reconsideración contra la liquidación oficial por el año gravable de 1982.

TEORIA DE LOS MOTIVOS Y LAS FINALIDADES - Alcance / ACCION DE NULIDAD - Improcedencia / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Procedencia

Si bien conforme a la doctrina de los móviles y finalidades, es procedente ejercer la acción de nulidad consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, contra los actos administrativos tanto generales como particulares, sin embargo, cuando mediante la petición de nulidad se pretende la tutela de derechos particulares para restablecerlos o precaver su violación, se configura una pretensión litigiosa, y en tal evento debe instaurarse contra la Administración la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Así las cosas, la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público al demandar “en ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho consagrada en el artículo 85 del C. C. A.” su propio acto, vale decir, la resolución cuestionada, y por ende solicitar a título de restablecimiento del derecho, confirmar la Resolución que resolvió el recurso, obró conforme a derecho, puesto que de una parte, podía inicialmente demandar su propio acto, y además, teniendo en cuenta la precitada teoría, utilizó la acción adecuada.

PARTES - Designación / DEMANDA - Requisitos / ACCION DE LESIVIDAD - Partes / DEMANDA - Interpretación

Respecto del argumento de que la demanda es inepta por incumplimiento del requisito consagrado en el numeral 1º del artículo 137 del C. C. A., conforme al cual “Toda demanda ante la jurisdicción administrativa deberá dirigirse al Tribunal competente y contendrá: “La designación de las partes y sus representantes”, toda vez que omitió designar la parte demandada y su representante, se observa que tratándose de la acción de lesividad, las partes demandantes y demandada, están a la inversa, es decir, el demandante, es la Nación y el demandado, el destinatario de los actos administrativos acusados, para el caso, la actora, sociedad que aparece expresamente determinada, no solo en el capítulo de las “pretensiones de la demanda” sino también, en el capítulo de los “hechos” y de las “notificaciones” de manera que el hecho de que en forma expresa no se hubiese indicado que esta sociedad era la demandada, del contexto general de la demanda se evidencia sin lugar a equívocos, que la demandada destinataria de los actos acusados, es la mencionada sociedad, a quien el tribunal ordenó la notificación del auto admisorio de la demanda, por lo que se trabó la litis con la persona idónea, por iniciativa del ponente, al punto que tal sociedad acudió al proceso a interponer los recursos pertinentes.

ACTO ADMINISTRATIVO DE CARACTER GENERAL - Publicación / RESOLUCION EJECUTIVA - Publicación / ACCION DE NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO

El artículo 43 del C. C. A., consagra la obligación de publicar en el Diario Oficial, “los actos administrativos de carácter general” los cuales no serán obligatorios para los particulares, mientras no se haya cumplido tal requisito. Por su parte, el artículo 2º de la Ley 57 de 1985 señala en forma taxativa los actos administrativos que deben ser publicados en el Diario Oficial, entre los que se encuentran “c) las resoluciones ejecutivas”, pero, obviamente, que las resoluciones ejecutivas de carácter general, no las de carácter particular, como lo es la Resolución cuestionada, la cual tiene como único beneficiario a la persona a quien se le concedió poder para iniciar la acción de nulidad y el consecuente restablecimiento del derecho de que trata el artículo 85 del C. C. A. Es decir la Resolución cuestionada surtió plenamente sus efectos jurídicos, habida cuenta que la publicación en el Diario Oficial no constituye requisito esencial para esta clase de resoluciones.³

³ www.acciondelesividad/derecho colombiano.org.com

SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO - Inexistencia / GRADO DE CONSULTA EN IMPUESTOS - Recurso de reconsideración

El recurso de reconsideración interpuesto el día 2 de octubre de 1985, fue resuelto en la resolución del 12 de agosto de 1986, la cual se produjo dentro del término legal, esto es, dos años que era el término establecido para decidir los recursos en la época de los hechos (artículo 9º de la Ley 8ª de 1970 y artículo 33 del Decreto 3803 de 1982) así como la resolución del 19 de diciembre de 1986, notificada el día 22 del mismo mes y año, por la cual la División de Recursos Tributarios de la Subdirección Jurídica de la Dirección de Impuestos Nacionales, decidió el grado de consulta, por el hecho de que se hubiese demandado en acción de lesividad ésta última resolución, por violación del artículo 22 del Decreto 3803 de 1982 y por abuso de poder, cargos que tácitamente aceptó la parte demandada, sobre los que no existe discusión en esta etapa del proceso, y que como consecuencia se hubiese aceptado las pretensiones del demandante de declarar la nulidad de dicha resolución, ello no implica reiniciar el trámite del grado de consulta, puesto que ello sería un contrasentido, toda vez que como consecuencia de la pretensión que dio lugar a la nulidad de la resolución que decidió el grado de consulta, quedó confirmada la resolución que decidió el recurso de reconsideración a título de restablecimiento del derecho vulnerado con tal resolución.

LA LESIVIDAD EN EL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

PERUANO

ÁREA: DERECHO ADMINISTRATIVO

LÍNEA: PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Definición

En la Resolución del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N.º 05538-2008-PC/TC, séptimo considerando, se indica lo siguiente: “Que, aun cuando en su momento correspondía a la autoridad administrativa iniciar una acción de lesividad, es decir, un proceso contencioso-administrativo destinado a obtener en sede judicial la nulidad del acto administrativo que causó estado; dicha acción también estaba sujeta a un plazo de

prescripción de dos años contados a partir de la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad de oficio en sede administrativa, conforme al artículo 202.4º de la Ley 27444 – Ley de Procedimiento Administrativo General.”⁴

De esto tenemos que el proceso contencioso administrativo de lesividad es el que será iniciado por la autoridad administrativa para obtener dentro del plazo correspondiente y en sede judicial la nulidad de un acto administrativo que ha causado estado.

A continuación le indicaremos todas las normas procesales contenidas en el TUO de la Ley 27584 – Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo – (Perú) que se refieren al Proceso de Lesividad y que nos ayudaran a tener en cuenta las características especiales del mismo:

Legitimidad para obrar activa en el proceso de lesividad

El Artículo 13, segundo párrafo, del TUO de la Ley 27584 indica: “También tiene legitimidad para obrar activa la entidad pública facultada por ley para impugnar cualquier actuación administrativa que declare derechos subjetivos; previa expedición de resolución motivada en la que se identifique el agravio que aquella produce a la legalidad administrativa y al interés público, y siempre que haya vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa.”

De este artículo podemos extraer los siguientes requisitos que se deben de observar en un caso de proceso de lesividad:

1. Sólo la ley (norma con rango de ley) faculta a una entidad del estado a iniciar un proceso contencioso administrativo de lesividad.
2. Antes de iniciar el proceso de lesividad, se debe de emitir una resolución (acto administrativo) debidamente motivado que contendrá:

⁴ www.ramonhuapaya.com

- a. Identificación del agravio a la legalidad administrativa (se deberá de observar la contravención al principio de legalidad).
 - b. Identificación del agravio al interés público, este requisito resulta importante a fin de evitar la arbitrariedad, si el acto no agravia el interés público no puede ser declarado nulo (el interés público es entendido como el interés de toda la sociedad).
3. Debe haber vencido el plazo para que la entidad que expidió el acto declare su nulidad de oficio en sede administrativa. En este punto nos remitimos a lo previsto en los artículos 202.3 y 202.4 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento administrativo General – (Perú) que indica “202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. 202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.”

Legitimidad para obrar pasiva

El Artículo 15, inciso 5 y 6 del TUO de la Ley 27584 establece que “La demanda contencioso administrativa se dirige contra: (...) 5. El particular titular de los derechos declarados por el acto cuya nulidad pretenda la entidad administrativa que lo expidió en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley. La entidad administrativa que expidió el acto y la persona en cuyo favor se deriven derechos de la actuación impugnada en el supuesto previsto en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley.”

De este artículo podemos establecer quiénes pueden ser demandados en el proceso de lesividad:

1. La persona en cuyo favor se deriven derechos de la actuación impugnada.
2. La entidad administrativa que expidió el acto.

Plazo para interponer la demanda en el proceso de lesividad

El Artículo 19, inciso 2 del TUO de la Ley 27584 que indica “La demanda deberá ser interpuesta dentro de los siguientes plazos: (...) 2. Cuando la ley faculte a las entidades administrativas a iniciar el proceso contencioso administrativo de conformidad al segundo párrafo del Artículo 13 de la presente ley, el plazo será el establecido en la Ley de Procedimiento Administrativo General, salvo disposición legal que establezca plazo distinto.”

En este punto, nuevamente nos remitimos a lo previsto en los artículos 202.3 y 202.4 de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento administrativo General – (Perú) que indica “202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos. 202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.”

No necesidad de agotar la vía administrativa

El Artículo 21, inciso 1 del TUO de la Ley 27584 establece que “No será exigible el agotamiento de la vía administrativa en los siguientes casos: 1. Cuando la demanda sea interpuesta por una entidad administrativa en el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley.” En efecto, si bien en el proceso de lesividad se hace necesario la expedición de una resolución motivada que indique el agravio al interés público y a la legalidad administrativa, esta resolución no constituye un caso de agotamiento de la vía administrativa, sino un caso de agotamiento de la vía previa, que si bien su no cumplimiento no implica la posibilidad de interponer la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, puede implicar la falta del presupuesto de interés para obrar de la demandante entidad estatal, que acarrea la improcedencia de la demanda.

Requisito especial de admisibilidad de la demanda en el proceso de lesividad

El Artículo 22, inciso 2 del TUO de la Ley 27584 establece que “Sin perjuicio de lo dispuesto por los Artículos 424 y 425 del Código Procesal Civil son requisitos especiales de admisibilidad de la demanda los siguientes: 2. En el supuesto contemplado en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley, la entidad administrativa que demande la nulidad de sus propios actos deberá acompañar el expediente de la demanda.”⁵

Como requisito especial de la demanda, se requiera la presentación del expediente administrativo que ha motivado la presente demanda, entendemos que se refiere:

1. Al expediente administrativo que ha dado lugar a la resolución motivada que autoriza el inicio del proceso de lesividad,
2. Al expediente administrativo que ha dado lugar al acto administrativo o actuación administrativa cuya nulidad de oficio se solicita en el proceso de lesividad (este expediente debe ser parte del expediente antes indicado, constituyendo una unidad, por lo que la ley se refiere a un solo expediente administrativo).

Casos de improcedencia de la demanda

El Artículo 23, inciso 5 del TUO de la Ley 27584 establece que “La demanda será declarada improcedente en los siguientes supuestos: (...) 5. Cuando no se haya vencido el plazo para que la entidad administrativa declare su nulidad de oficio en el supuesto del segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley. 6. Cuando no se haya expedido la resolución motivada a la que se hace referencia en el segundo párrafo del Artículo 13 de la presente Ley.”⁶

Los casos de improcedencia de la demanda se refieren a supuestos de falta de interés para obrar de la entidad demandada, no existe necesidad de recurrir al Poder Judicial cuando se puede declarar la nulidad en sede administrativa, no existe necesidad de recurrir al Poder Judicial si no se ha emitido la correspondiente resolución que autoriza el inicio del proceso de lesividad. En forma posterior se procederá a emitir un modelo de una demanda a fin de que esta información le sea útil.

⁵ www.ramonhuapaya.com

⁶ www.ramonhuapaya.com

Por la libertad, igualdad y fraternidad de los Pueblos de América del Sur. (AUTORES: JOSÉ MARÍA PACORI CARI y CASAR ALEJANDRO SANTA MARÍA)

LA LESIVIDAD EN EL DERECHO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Dentro de todo proceso, se deben seguir ciertos requisitos para que los actos que provengan de dichas actuaciones sean legalmente emitidos. La Constitución Política del Ecuador, en su artículo 76 establece que: “en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

“1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes.” Cabe hacer énfasis en lo referido en el numeral primero de este artículo, ya que todo procedimiento debe cumplir con ciertos requisitos, siendo el debido proceso el fundamental, para asegurar la legalidad del acto que se emita, o de los derechos que se otorguen; así mismo es menester hacer referencia a lo que se establece al decir que con el debido proceso se garantizará el cumplimiento de las normas, siendo que la violación de presupuestos legales fundamentales, dará inicio a controversias.

Escola sostiene que los recursos administrativos constituyen formas de control de tipo jurisdiccional, y procede a citar en su obra a Royo Villanova que establece que “la administración pública “es una actividad dirigida al cumplimiento de los fines del Estado”. Continúa citando a Bielsa: “para el logro de esos fines, la administración desarrolla una actividad diversificada, en la que se destaca según una conocida distinción la actividad jurídica y la actividad social.”⁷

“La administración activa, como es sabido, actúa dentro de los límites del derecho; sus atribuciones están determinadas, de modo más o menos concreto según los casos; sus objetivos están prefijados; sus posibilidades señaladas. El derecho, en efecto, regula el desenvolvimiento de la administración activa; pero el derecho no es, en sí, la finalidad de esa actividad administrativa. La novedad del recurso de lesividad en el anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa presentado por el Tribunal Supremo de Justicia, nace como producto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

⁷www.lesividad-en-venezuela.com

Española 29/1998 del 13 de julio, y la doctrina como fuente formal del Derecho Administrativo Español.

De acuerdo a lo establecido por la doctrina española comparada, se puede definir el recurso de lesividad como el intentado por una autoridad administrativa dentro de un proceso contencioso-administrativo para revocar o nulificar un acto administrativo dictado por la misma autoridad, en otras palabras es aquel que le permite a la autoridad administrativa someter al órgano jurisdiccional competente, el estudio de un acto administrativo favorable al administrado, que fue emitido erróneamente con anterioridad, con la intención de que este sea anulado.

Conforme a lo anterior nos trasladamos a la legislación Administrativa Venezolana en donde es un principio de orden jurídico administrativo la autotutela de los actos administrativos, en el sentido de que la propia Administración tiene la facultad de revisar sus actos en vía administrativa y declarar los que sean absolutamente nulos como tales, o anular los que puedan ser anulables, siempre que en este último caso no se le cause un perjuicio a los administrados.

Por lo expuesto a lo anterior encontramos que preexisten en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos determinados supuestos a través de los cuales se desarrolla esta potestad de revisión de oficio de los actos administrativos, que son:

a-La convalidación potestad convalidatoria; b- La revocación potestad revocatoria y potestad anulatoria; c- La reposición en casos de vicios en el procedimiento y; d- La corrección de errores materiales potestad correctiva por razones de hecho.

1.4. La auto tutela como principio fundamental en el derecho administrativo.

Según Juan Pablo Aguilar Andrade, la autotutela es el principio fundamental en el derecho administrativo, en virtud del cual la administración está facultada para declarar y ejecutar su derecho sin necesidad de acudir ante la Función Judicial;” la Administración, dicen García de Enterría y Fernández, está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statuo quo,

eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial.⁸

Una de las instituciones que contribuye a darnos una idea más justa de la posición real de la Administración y de sus poderes es la de la autotutela; a través de ella se observa cuáles son esos poderes que hacen que la Administración sea capaz de comportarse en su actuar de forma muy distinta a como lo hacen los ciudadanos, de modo de que si éstos nunca pueden tomarse la justicia por su mano propia, aun cuando tenga la razón de fondo, la Administración es capaz de imponer su voluntad e incluso de ejecutarla sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales para imponer sus decisiones.

En realidad los privilegios que la auto tutela comporta para la Administración están todos ellos basados en la Ley que los consagra. En ese sentido la auto tutela se funda también en la legalidad como no podía ser de otra manera.

El principio de legalidad y el principio de auto tutela, no son principios contrapuestos, sino principios o instituciones que contemplan la realidad del ordenamiento administrativo desde perspectivas diferentes; el primero lo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se somete al Derecho; el segundo contempla desde la perspectiva del modo cómo la Administración se relaciona con la justicia y con los ciudadanos.

Por otra parte, el profesor José Luis Piñar en su obra de Derecho Administrativo señala: “El hecho de que la Administración se beneficie de la auto tutela no significa que su actuación no esté sujeta, al control de los Tribunales. Significa sólo que las normas y actos administrativos se presumen legítimos y por tanto son, por eso mismo ejecutivos y susceptibles de ejecución forzosa. Ahora bien ello no excluye que a la postre haya de ser el Poder Judicial quien tenga la última palabra sobre sí, en efecto, la actuación administrativa se ajusta a Derecho.”⁹

La Administración tiene así una ventaja posicional, en el sentido de que coloca a los ciudadanos en la posición de ser los recurrentes ante los Tribunales contra sus decisiones y normas que se presumen legítimas. Como es evidente la posición de demandado es

⁸Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana. Juan Pablo Aguilar Andrade.

⁹Autotutela. PIÑAR, José Luis. Derecho Administrativo. Ediciones Espasa. Madrid España 2010.

siempre más cómoda, aparte de otorgarle la ventaja de que, si no hay impugnación ante los Tribunales, sus actos devienen firmes, en principio, inatacables.

La auto tutela de que disfruta la Administración en sus actuaciones sujetas a Derecho Administrativo, no la ejerce en defensa de intereses propios, sino en defensa de los intereses generales. Cuando ejercen sus potestades de auto tutela no está aprovechándose de las mismas para ser juez y parte en defensa de sus intereses particulares o privativos, sino que lo hace al servicio siempre de intereses ajenos, que no son otros que los intereses generales a los que siempre ha de servir la Administración Pública.

García de Enterría y Fernández Rodríguez, dice “puede también llamarse de paz jurídica, y que de un modo muy simple puede esquematizarse como sigue. Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (statu quo) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que debe impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria. La primera carga de sometimiento a un Tribunal es la carga de juicio declarativo; la segunda, la de un juicio ejecutivo. Pues bien, la situación de la Administración , comparada con la de los ciudadanos, es justamente la contraria, puesto que, como hemos dicho, no precisa del concurso de la autoridad judicial para alterar las situaciones de hecho existentes, ni para imponerlas; así, podríamos distinguir dos tipos de autotutela: la declarativa, consistente en el privilegio de la Administración de emitir decisiones (actos) capaces de crear, modificar o extinguir derechos y deberes de los administrados sin el concurso de los Tribunales y sin el consentimiento de los destinatarios; y la ejecutiva, por la cual estas decisiones pueden ser impuestas por la administración, incluso coactivamente (ejecución forzosa), sin precisar la aprobación judicial ni el consentimiento de los destinatarios. La auto tutela tiene sus límites, derivados del respeto a los derechos fundamentales, como por ejemplo, la necesaria autorización judicial de entrada en el domicilio para ejecutar decisiones administrativas, que corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, así como los supuestos de

suspensión de la ejecución de los actos en vía recurso administrativo o contencioso-administrativo.¹⁰

1.5. El principio In Ius Vocatio.

In Ius Vocatio. Citación ante el magistrado. El demandado puede acudir o no. Si no acude (siendo imposible ejercer presión física sobre él) el actor se lo hace saber al magistrado, quien acordará una *missio in possessionem* (otorgar la posesión del bien reclamado al actor). Si la acción reclamase un derecho de obligación aceptará el número de bienes necesarios para saldar la deuda. Si aun así no comparece, el pretor ordena la *venditio bonorum* (la venta pública de los bienes sobre los que recayó entregando el precio obtenido al actor hasta donde alcance la deuda y el resto al demandado. En este proceso el demandado puede presentarse en ausencia con un *vindex* o un *sponsio* (promesa de comparecer en otra ocasión si en la primera no terminó el asunto).

El principio de lesividad exige que el derecho penal solo regule aquellas conductas humanas que sean socialmente relevantes. Por tanto, han de ser acciones que tengan un impacto social, que no se circunscriban únicamente a la esfera privada.

En este sentido, debe existir un tercer afectado por la conducta, otra persona independiente del autor que padezca las consecuencias lesivas o peligrosas del acto; ello no quiere decir que deba ser una persona identificada, sino que este tercero puede ser la colectividad, como en el caso de los delitos de peligro.

Comienza con la *in ius vocatio*, llamamiento jurídico que hace el demandante al demandado para que acuda junto a él a juicio. El demandante debe poner a disposición del demandado facilidades para ir. Si el demandado no quiere ir, se puede dar la *manus* (imposición violenta de manos, extraprocesal), que solo se puede evitar si se procura un *vindex* (fiador de la misma clase social y económica que garantiza la comparecencia del demandado) o si hace una *transactio in iure* (cuando al demandado se le presenta la *in ius vocatio* se aviene a un acuerdo).

¹⁰Enciclopedia Jurídica- La Autotutela Administrativa

La segunda sub fase es la exposición ante el pretor por el demandante, donde realiza la acción y se decide sobre su concesión o denegación (fin del proceso). El demandado podía reconocer el derecho del demandante en la *confessio in iure*, y el juez fija un allanamiento ceder la cosa reclamada (*cessio in iure*). Cuando se ha concedido la acción y no hay confesión ni acuerdo ninguno, se llega a la *Litis contestatio*, fase intermedia entre la fase *in iure* y la fase *apud iudicem*. En ella se fija la posición de las partes mediante testigos. Después se nombra al juez y se concede el *iudicare iudice* (facultad del juez para juzgar).

In ius vocatio, literalmente significa llamado en justicia. En la antigua Roma, era la citación al demandado para que acudiera ante el Pretor. En caso de que, no se presentara, el demandante podía conducirlo por la fuerza ante éste. En la actualidad, esta figura jurídica no existe como tal, si bien podría decirse que es el precedente de la orden de búsqueda, detención y presentación (en el ámbito penal) emitida por la Autoridad Judicial hacia las fuerzas del orden (policía) por motivos diversos (por ejemplo, cuando no ha comparecido cuando debiere, cuando no ha podido ser citado).

Cuando se pretende que el proveimiento solicitado produzca efectos perjudiciales en la esfera jurídica, patrimonial de otro sujeto de derecho. En tal caso, la providencia de jurisdicción asumiría indebidamente la autoridad de cosa juzgada, sin tenerla. Por lo tanto, el asunto debe ser dilucidado en jurisdicción contenciosa. La característica propia de la jurisdicción voluntaria radica en el hecho de que el órgano jurisdiccional concede algo a alguien a costa de nadie. En la jurisdicción contenciosa, lo concede a costa o en desmedro de otro, quien precisamente por eso, debe ser llamado a juicio (*vocatio in ius*).

1.6. La causalidad.

La causalidad se da en el plano natural o de la realidad, como conexión de los acontecimientos, así como también en el plano del mundo de las ideas, como doctrina que afirma la validez universal de esta clase de conexión.

Es importante conocer que una acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia, el carácter de causa. Basados en lo

anteriormente expresado podemos decir que la causalidad nos da un presupuesto de la responsabilidad civil. Es importante diferenciar lo siguiente, que el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se llama principio de causalidad y al nexo que une dicha causa con el resultado se llama relación de causalidad. Dentro de la causalidad es importante mencionar el término de error, por lo que diremos que este puede ser por ignorancia o equivocación o una falsa representación de la realidad, esto debido a que muchas personas lo alegan como parte de la ignorancia o excusa.

Lo que se obtiene entonces es que una acción antijurídica que produce un daño por causa del error, puede ser o no imputable en el derecho, ya sea en el área penal como civil. Recordemos que el término del error se encuentra en los vicios de la voluntad, es decir que la mala interpretación de la realidad determinada por la ignorancia nos produce una circunstancia y esto en definitiva es un error jurídico. No hay consecuencia jurídica sin supuesto de derecho. Toda consecuencia jurídica hallase condicionada por determinados supuestos.

Si la condición jurídica no varía, las consecuencias de derecho no deben cambiar. Todo cambio en las condiciones jurídicas determina una modificación en las consecuencias.

La relación entre el supuesto jurídico y su relación efectiva es contingente. Esto significa que la existencia de la norma no determina el hecho de la realización del supuesto. El enlace entre la realización del supuesto y la producción de las consecuencias jurídicas, es en cambio necesario. Y el vínculo entre las consecuencias de derecho y su realización efectiva es contingente.¹¹

Causalidad jurídica

El Magister Alburola Valverde en su Obra de Derecho Penal nos dice que: "La causalidad es la relación causal "entre la conducta y resultado". Es decir que la causalidad es un medio de conexión de la conducta con el consiguiente efecto, por lo general de una lesión. En derecho penal, que se define como el tipo objetivo (una acción) de que la lesión específica u otro efecto se levantó y se combina con mens rea (un estado de ánimo) para incluir los

¹¹ www.iusvocatio.wordpress.com

elementos de culpabilidad. La causalidad es sólo aplicable en caso de un resultado que se ha conseguido y por lo tanto es irrelevante con respecto a formas de responsabilidad penal.

En sentido amplio, relación existente entre el resultado y la acción, que permite afirmar que aquel ha sido producido por esta. En sentido más restringido solo se puede hablar de relación de causalidad para referirse a uno de los grupos de teorías que han tratado de explicar aquella relación, las llamadas teorías de la causalidad, teoría de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua nom* (causa del resultado es toda condición que colabora en su producción y sin la cual aquel no se hubiera producido).¹²

1.7. La imputación objetiva.

El profesor Mario Felipe Daza Pérez, en su obra *La Imputación en el Derecho Administrativo*, señala que: “la Teoría de la Imputación Objetiva, surgió de una crítica del finalismo en la que se encuentran autores como JAKOBS O ROXIN. “la imputación objetiva sirve para delimitar la responsabilidad penal”.¹³

No es una invención del derecho penal pero es dentro de esta área donde ha tenido más desarrollo a partir de 1960 gracias al aporte de la relevancia, se dio la advertencia de diferencia entre causalidad material y criterios normativos, que permiten en un determinado contexto jurídico imputar objetivamente ese resultado a quien ha participado causalmente en su producción, principalmente se fundó como colmar los problemas de los delitos culposos pero después veremos que no es así.

Sirve como de mecanismo para determinar el comportamiento prohibido y por ende es una teoría general de la conducta típica (Mayoría dominante), explica los fundamentos de los delitos de acción y omisión, tentativa, participación, así como los delitos dolosos y culposos, su finalidad no es otra que el de analizar el sentido social de un comportamiento prohibido, y si esa prohibición es relevante para el derecho penal.

¹²ALBUROLA VALVERDE, Allan. *Derecho Penal. Teoría de la imputación Objetiva* 2009.

¹³DAZA PÉREZ, Mario Felipe. *La Imputación en el Derecho Administrativo*. Editorial Tamis. Bogotá. 2010.

A partir de la re-normativización de la teoría del delito se construyó a partir del delito imprudente y la de la posición de garante, pero también puede ser de acción y por último fue utilizado en los delitos dolosos (se pretende acabar con la distinción acción-omisión y culposo-doloso). La idea es conseguir una fundamentación monista de la imputación objetiva, (lo importante sería ver si se trata a partir de competencia de institución o competencia organizacional) Según JAKOBS.

Tuvo sus ideas con HEGEL, se debe considerar como un juicio a través del cual se decide por cuales comportamientos o acciones un sujeto puede ser hecho responsable , como cuando debe ser garantizado una persona, se tiene que estar seguro de que el autor ha realizado una acción desaprobada. Según HEGEL, radica en la medida en que la existencia transformada radica en el predicado abstracto de lo mío.

Autores como ENGLISH Y SAUER, advirtieron que los resultados imprevisibles debían excluirse del delito que no fueran causados por la conducta del autor (en los que faltaba la propia antijuridicidad y la tipicidad).

Según: ESQUIO SANCHEZ: afirma que JAKOBS ha dicho que hay que cambiar la teoría del delito por la teoría de la imputación, penalistas del más alto nivel científico en el mundo conscientes de ello tales como el anteriormente mencionado, mas ROXIN Y HRUSCHKA.

WELZEL: definía el tipo objetivo como el núcleo real-material de todo delito y que se integra por circunstancias que se manifiesta por un hecho externo (*Derecho penal alemán*), según este autor todos los excesos a que conduce la teoría de la equivalencia de las condiciones pueden limitarse acudiendo al dolo (como elemento del tipo) y al dominio del hecho que es el criterio básico para la determinación de la autoría. El sistema finalista serviría luego para la Imputación objetiva, se tomaría de esta: la adecuación social, el cuidado necesario en el tráfico como aspecto central del injusto del delito imprudente y el nexo de antijuridicidad entre el comportamiento riesgoso y el resultado. El problema es que todo era ontologizado y tenía que darse un paso más al normativismo de la teoría del delito. ¿Estabilización de expectativas?, ¿protección de bienes jurídicos? etc....

Para WELZEL las conductas socialmente adecuadas no son típicas, aunque se cuente con la posibilidad de la lesión del bien jurídico.

JAKOBS: lo define como el tipo objetivo en la parte externa del delito, con el tipo objetivo surge el delito como magnitud social y por tanto penalmente relevante.

KARL LARENZ, siendo uno de los representantes de esta teoría acuñó el concepto de IMPUTACION OBJETIVA, asevera que esta debe ser analizada sin tener en cuenta la valoración moral, el cual el suceso solo puede ser atribuido como propio al sujeto, esta teoría encuentra su sustento en el Art 9. del Código Penal, donde reza: "que la causalidad por sí solo no basta para la imputación jurídica del resultado".¹⁴

Para LARENZ, la imputación objetiva, no es más que un intento de delimitar los hechos propios de los acontecimientos accidentales. Este acude al criterio de *la voluntad y de la previsibilidad* que poseen todos los hombres y que llevan a la realización de determinados fines. La imputación será entonces un juicio teleológico que determina si el suceso realizado por el autor estuvo o no dirigido por su voluntad y si le fue o no objetivamente previsible.

HONIG: siendo este el otro representante de esta teoría, sostuvo que el mero acontecer causal no es suficiente para imputar un resultado, para ello es necesario que el hecho sea producto de la manifestación de la voluntad del hombre, lo que es atribuible objetivamente al individuo es aquello que es configurado a partir de la voluntad, no lo accidental o lo fortuito. (La imputación objetiva se vale de criterios normativos, valorativos, para fundamentar la imputación o para descartarla).

Según BUSTOS RAMIREZ, el penalista neokantiano HONIG, recoge los planteamientos de KANT, en el texto de la crítica de la razón pura, por lo que todo puede las cosas puede ser aprehendido por medio de la intuición.

LA IMPUTACION OBJETIVA: lo que hace en ultimas es fijar criterios normativos, en sede del tipo objetivo, en virtud de los cuales un resultado lesivo de bienes jurídicos se le atribuye a un comportamiento activo u omisivos del hombre.

¹⁴DAZA PÉREZ, Mario Felipe. La Imputación en el Derecho Administrativo. Editorial Tamis. Bogotá. 2010.

YESIS REYES afirma para que se dé un resultado objetivamente imputado se necesita de dos cosas: (1): que se haya creado un riesgo jurídicamente desaprobado y (2) el riesgo se haya realizado el resultado. (Entendido con un sentido naturalista, sino como quebrantamiento de la norma).

ERGO, es importante anotar la diferencia entre el riesgo jurídicamente permitido y el riesgo jurídicamente desaprobado, el primer riesgo es tolerable que se desarrolla dentro de ciertas actividades que benefician el interés general, como es el caso del tráfico automotor, aéreo, de seguridad etc. Si respetemos dentro de este concepto no habrá riesgo desaprobado (como es el caso del conductor que va una velocidad de 50 km por hora y el permitido es de 60 y un borracho que se atreviese a la acera, por lo tanto no le pueden achacar esa muerte al conductor y el segundo se refiere a lo contrario a lado de la conducta acción u omisión sobrepasan los límites del riesgo jurídicamente permitido (conductor de taxi que va a 140 km/h en una zona escolar y mata a varios niños).¹⁵

¹⁵DAZA PÉREZ, Mario Felipe. La Imputación en el Derecho Administrativo. Editorial Tamis. Bogotá. 2010.

CAPÍTULO II

2. La lesividad

2.1. Concepto.

Según el tratadista Español José María Díaz en su obra Derecho Administrativo señala que: “La lesividad consiste en un proceso administrativo que puede ser promovido por un particular en contra de un acto estatal, susceptible de ser impugnado en vía jurisdiccional, o que puede ser impugnado o subsanado de oficio, por parte de la administración”¹⁶

La Acción de Lesividad, es un proceso administrativo de carácter especial, cuando es entablado por la propia administración, con el fin de que no se anule o deje sin efecto un acto administrativo emanado por la propia administración, por considerarlo como un acto ilegal en contra de un particular o por considerarlo lesivo a sus propios bienes o al bien común.

Siguiendo estas doctrinas puedo señalar que los actos impugnables en el proceso de lesividad no son los mismos que en el proceso administrativo ordinario de plena jurisdicción; ya que en este último se pueden impugnar las leyes, los decretos, las ordenanzas, los reglamentos, las resoluciones, los actos, los contratos o cualquier disposición o resolución administrativa.

Por el contrario, en virtud de la acción de lesividad solo se puede impugnar un acto administrativo irrevocable y en sede administrativa, o sea que debe tratarse de un acto administrativo estable. En otras palabras podemos señalar que por medio de la declaración administrativa de lesividad, la propia administración declara que un acto suyo anterior resulta lesivo para sus propios intereses o para los intereses generales de los administrados.

El tema de la lesividad es muy interesante; en Ecuador pocos tratadistas han profundizado el estudio de esta figura jurídica, existen falencias en el conocimiento de esta institución jurídica por parte de profesionales y funcionarios públicos. Es muy importante ahondar el

¹⁶DÍAZ, José María. Derecho Administrativo. TF Editores. Madrid 1999.

estudio sobre la lesividad, ya que han existido cantidad de atropellos por parte de la Administración Pública, e indefensión por parte del accionado, o viceversa, aprovechamiento inadecuado por parte de usuarios y lesiones a los intereses de la Administración Pública, esto como consecuencia del desconocimiento y vacíos legales en torno de esta figura. Sin embargo de esto, la acción de lesividad, se equilibra con la estabilidad de los actos administrativos, por cuanto la administración no puede revocar libremente sus decisiones sin necesidad de declararlas lesivas.

2.2. La lesividad en la legislación ecuatoriana.

La Lesividad en nuestro país, se encuentra enunciada en pocos artículos de los diferentes cuerpos legales que hacen una pequeña referencia de lo que es, por esto nace la necesidad de realizar un estudio de esta figura, pues es común en nuestra práctica jurídica. Si bien en el aspecto doctrinario existen diferentes posiciones, por ejemplo, para la abogada María Dolores Orbe la declaración de Lesividad lo que hace es permitir a la propia administración la concurrencia al órgano jurisdiccional competente, ir para discutir con el legítimo contradictor, en muchos casos él o los particulares beneficiados con el acto, el asunto de fondo, es decir la presencia de una evidente lesión al interés público, derivada del acto administrativo que la propia administración pretende cuestionar. Sin embargo más allá del concepto formal de lesividad, el objeto del presente trabajo va más allá de establecer definiciones doctrinarias, pues busca determinar la coherencia del derecho positivo ecuatoriano o su falencia respecto a esta problemática; esto, para en base a este análisis científico proponer una reforma legal que permita regular y reglamentar de manera específica el procedimiento judicial de la lesividad, con el fin de salvaguardar de mejor manera los derechos de los administrados y el interés de la administración.

En el Ecuador, antes de la promulgación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no existían disposiciones expresas que impusieran la necesidad de recurrir a la acción de lesividad para revocar actos administrativos. Sin embargo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contiene una clara referencia a la acción de lesividad cuando, en la letra d) del artículo 23 señala: “El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo.”¹⁷

¹⁷Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2006.

Como se ve, la norma no establece expresamente la necesidad de recurrir a la acción de lesividad, no define los casos en que debe hacerse ni determina el término para plantear la acción; se limita a determinar la posibilidad de que la administración se presente como actora ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, para demandar que se revoque un acto suyo que no sea conforme a derecho, cuando no pueda revocarlo por sí misma “en virtud de lo prescrito en la ley”.

En el Ecuador, de acuerdo a lo que establece el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en su artículo 97:

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

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente si lo hubiese sido por otro órgano de la Administración Central o Institucional durante el lapso de tres años a partir de la vigencia del acto. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de dos meses a partir de la vigencia del acto que se trate”.¹⁸

2.3. Fundamentos legales de la lesividad.

Respecto del proceso contencioso administrativo nuestro ordenamiento jurídico establece los siguientes preceptos fundamentales, en razón de los principios de legalidad, constitucionalidad, de autotutela administrativa y tutela jurisdiccional final.

Constitución de la República del Ecuador

¹⁸Legislación de las Funciones del Estado. Estatuto de la Función Ejecutiva. Editorial GAB Quito 2010.

La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 173 y 233 establece que “los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; y menciona que todos los servidores públicos son responsables administrativa, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en las funciones a su cargo, como del manejo de los componentes que integran la administración pública”.

El texto constitucional introduce la posibilidad de impugnar en sede judicial los actos administrativos los cuales constituyen la primordial forma de declaración administrativa, más no la única. Recordemos que dentro del ámbito de la administración pública, existen los actos de administración, reglamentos administrativos, contratos administrativos, y que todas estas formas de manifestación administrativa son justiciables; por lo que considero que la norma legal debería expresar que todas las actividades ilegítimas de autoridad pública no judicial podrán ser impugnadas tanto en vía administrativa como judicial”.¹⁹

Código Orgánico de la Función Judicial

El Código Orgánico de la Función Judicial es claro respecto del principio de impugnabilidad de los actos administrativos al mencionar en su artículo 31, que “las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional. Este precepto legal dispone claramente y otorga la posibilidad que todas las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales dentro de un procedimiento que vulneren derechos pueden ser impugnadas en sede judicial, con ello damos paso al proceso contencioso administrativo que está orientado a proteger los derechos de los administrados, de esta manera se activa la jurisdicción contenciosa”.²⁰

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva

¹⁹Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2012.

²⁰Código Orgánico de la Función Judicial. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2012.

Este cuerpo legal en su artículo 64 respecto de las categorías de la actividad jurídica de la administración reconoce como formas de expresión de la voluntad pública; a los actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, posteriormente los artículos 69, 74, 77, 79, y 83 pertinentes a su contenido, se refieren a la potestad legal que tienen las personas que se crean afectadas a impugnar todas estas actividades administrativas, sea por sede administrativa o judicial.²¹

Cabe indicar que el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo son dos figuras distintas, no tienen relación de dependencia y subordinación entre sí, el recurso contencioso administrativo es de instancia jurisdiccional y responde a los poderes de la sede judicial.

El proceso contencioso administrativo no es una especie de segunda instancia, es decir no procede necesariamente luego de haber agotado la vía administrativa; ya que este proceso se activa una vez propuesta la demanda con el objeto de resolver una controversia de acuerdo al derecho.

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en forma general, en sus artículos 1 y 2 determinan que el recurso contencioso administrativo procede solamente por razones de legalidad y puede ser interpuesto por personas naturales o jurídicas contra reglamentos, actos y resoluciones, que vulneren un interés directo del demandante o que sean consecuencia de una disposición de carácter general.

De acuerdo a estos preceptos legales, el recurso contencioso administrativo que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trate, se remite al recurso de plena jurisdicción o subjetivo y, al tratarse de la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, se remite al recurso de anulación, objetivo o por exceso

²¹ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Editorial GAB. Quito 2010.

de poder y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducirlo, solicitando al Tribunal la anulación del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.²²

2.4. La declaratoria previa de la lesividad.

La facultad discrecional no significa que la autoridad administrativa puede obrar a su arbitrio, todo lo contrario, si bien ésta tiene un margen de libertad para actuar, ese actuar debe estar a lo que el Legislador ha determinado en las Leyes, y como la connotación de la declaratoria de lesividad por ser contraria al interés público, debemos manifestar que es una facultad que sí bien la tiene la autoridad, pero ésta se ve limitada por la Ley y por el tiempo, pues sabemos que de toda facultad de la cual no se usa a tiempo, simplemente caduca, y por ende la oportunidad de proceder a declarar la lesividad en sede administrativa, como requisito para proceder a impugnar ésta declaración en sede judicial.

Según el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que es un cuerpo normativo de carácter reglamentario y que rige solo para las instituciones públicas que forman parte de la Administración pública central, la lesividad se define y se regula en términos del artículo 97, de ésta manera:

“Art. 97.- Lesividad.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.”²³

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad”. Cuando un órgano administrativo pretenda revocar uno de sus actos por razones de legalidad debe empezar, entonces, por declarar que ese acto es lesivo a los intereses públicos. Esa declaración se

²²Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2012.

²³Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Editorial GAB. Quito 2010.

hace a través de un nuevo acto administrativo, al que se da la característica de inimpugnable porque su contenido va a discutirse, necesariamente, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

La declaración de lesividad es la que sirve de fundamento al órgano administrativo para acudir, con la acción de lesividad, ante los jueces contencioso administrativos, para demandar la nulidad del acto administrativo de que se trate.

La declaración de lesividad es, pues, un procedimiento previo a la revisión propiamente dicha, que se producirá en vía contencioso administrativa. Así por tanto, la declaración de lesividad opera como trámite necesario para que la Administración pueda obtener del órgano judicial competente la anulación de los actos administrativos y resoluciones favorables o declarativas de derechos incluidos los que reconocen intereses legítimos. La declaración de lesividad no implica la anulación del acto que se considera lesivo; dicho pronunciamiento anulatorio corresponde adoptarlo a la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia correspondiente; y, por supuesto, en la hipótesis de que admita las pretensiones de la Administración recurrente.

2.5. Requisitos de la lesividad.

Los actos administrativos que dicten las Administraciones Públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, se producirán por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido.

El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.

Motivación

Serán motivados, con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a. Los actos que limiten derechos subjetivos.
- b. Los que resuelvan procedimientos de revisión, de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- c. Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d. Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales siguientes:

En los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley.

Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores.

- e. Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de ampliación de plazos.
- f. Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Forma

Los actos administrativos se producirán por escrito a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.

En los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

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

2.6. La declaración de lesividad.

La declaración de lesividad ha sido definida por la doctrina como un acto administrativo discrecional, mediante el cual la Administración declara que un acto suyo anterior generador de derechos a favor de terceros es lesivo a sus intereses, deduciéndose de ello que la Administración misma que dictó el acto asume “singular y anormalmente” la posición procesal de demandante, colocando al favorecido por el acto, que está interesado en su mantenimiento en la de demandado.

Dicha declaración constituye un presupuesto procesal, indispensable, eso sí, para la legitimación activa de la Administración en los supuestos en que ésta se proponga accionar contra sus propios actos declarativos de derechos.

La declaración de lesividad tiene una doble vertiente: procesal y administrativa. Desde el punto de vista procesal, la declaración de lesividad es un requisito o presupuesto del proceso que habilita a la Administración contra un acto propio. Desde el punto de vista administrativo, la declaración de lesividad es un procedimiento especial dirigido a dictar la resolución, previa constatación de la doble lesión, que permite revisar la legalidad del acto en sede contencioso administrativa.

La declaración de lesividad es la vía única, salvo la nulidad de pleno derecho y la rectificación de errores, para que la Administración pueda conseguir la anulación, en perjuicio de los interesados de actos dictados por ella misma. Pero a diferencia del anterior procedimiento, no puede hacerlo directamente, sino que se limitará a declararlos lesivos para el interés público para, posteriormente, impugnarlos en vía contenciosa, siendo, pues, los Tribunales de justicia los que decidirán sobre su legalidad.

2.7. La acción de lesividad.

La acción de lesividad consiste básicamente en la posibilidad que tiene la Administración Pública de demandar sus propios actos en razón a que los mismos son ilegales o van en contra del orden jurídico vigente. En tal sentido, así la Administración se encuentre imposibilitada para revocar o modificar los actos administrativos que crean situaciones jurídicas particulares y concretas sin el consentimiento del afectado, dicha acción le permite que en defensa del interés público y del orden jurídico y ante la existencia de actos administrativos que vulneren este último demande sus propios actos ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La acción ejercida por la entidad de derecho público en defensa de sus propios intereses conocida en doctrina como acción de lesividad procede cuando la Administración expide un acto administrativo que le resulta perjudicial en razón de que contraviene el orden jurídico y sin embargo no puede revocarlo directamente debido a que no se reúnen los requisitos para hacerle cesar sus efectos mediante el mecanismo de la revocatoria directa, ya que no es viable obtener el consentimiento del particular; ya por que no se da alguna de las condiciones previstas para que `proceda la impugnación según el Art. 100 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. En otras palabras, coloca a la personas en situación de indefensión y esto ocasiona sin lugar a dudas una violación al debido proceso, para que no ocurra este asalto a la buena fe y al debido proceso se estableció la acción de lesividad.²⁴

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano se encuentra expresamente consagrada la posibilidad de que la Administración Pública acuda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pretendiendo que se declare la nulidad de un acto administrativo, esto es,

²⁴ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Editorial GAB. Quito 2010.

expedido por la misma persona jurídica que obra en calidad de demandante y consecuentemente se restablezca el derecho vulnerado.

Este mecanismo judicial, al cual puede recurrir la administración cuando resulte jurídicamente improcedente la revocatoria directa del acto que impugna, tiene en nuestro medio unas características específicas que lo dotan de identidad y permiten distinguirlo de otras acciones.

La Acción de Lesividad tiene como fin la protección de la legalidad y restablecimiento de un derecho que se ha visto afectado por el acto administrativo viciado de nulidad, en este orden de ideas se exige que, quien incoa dicha acción se debe creer lesionado en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica.

CAPÍTULO III

3. El procedimiento en el juicio de lesividad

3.1. Plazo.

El artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que el término para deducir la demanda al amparo de esta jurisdicción será de noventa días para los asuntos que son materia del recurso de plena jurisdicción o subjetivo, contados desde el día siguiente al de la notificación del acto impugnado y el plazo de tres años, para los que son materia del recurso de anulación u objetivo. Señala, además, que los relativos a materia contractual y otras de competencia de esta jurisdicción se propondrán hasta en el plazo de cinco años.

El Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece los plazos y términos para interponer los recursos contencioso-administrativos.

Recurso subjetivo, dentro del término de 90 días, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa.

Recurso objetivo puede demandarse dentro del plazo de tres años.

Casos como en las decisiones de Contraloría que imponen sanción de destitución al haberse establecido responsabilidades administrativas de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, dentro del término de 30 días.

En asuntos de materia contractual, un plazo de cinco años.

La acción de lesividad en el plazo de tres meses contados a partir de tal declaratoria, esta acción prescribe dentro de tres años.

El recurso de casación cuando lo interpone un particular es de cinco días término, y para los organismos y entidades del sector público el término de quince días, posteriores a la notificación del auto definitivo que niegue o acepte su ampliación o aclaración.

El recurso de hecho procede de la denegación del recurso de casación y puede interponerse por el recurrente dentro del término de tres días siguientes al de la denegación, término éste que rige tanto para los particulares como para los organismos y entidades del sector público.

3.2. La demanda.

Según Manuel María Díez, en su libro de Derecho Administrativo: “La demanda es el escrito por el cual inicia la acción procesal. Deberá interponerse ante el órgano judicial competente, por la persona que sea parte, tenga capacidad personal y legitimada para iniciar el proceso de que se trate y frente a la persona que el demandado estime legitimada positivamente.”²⁵

Con la presentación de la demanda, que es el acto inicial del proceso contencioso administrativo, el administrado afectado por un acto o resolución administrativa ejerce el derecho a la defensa acudiendo al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, órgano especializado de la función judicial, para que declare nulo e ilegal el acto impugnado. La demanda deducida ante el Tribunal de lo Contencioso – Administrativo, en la autoridad de su Presidente, deberá contener ciertos requisitos propios de este juicio, de la misma manera que para los juicios civiles son exigibles los determinados en el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil. Tales requisitos excluidos, según el Art. 30 de la Ley de la materia, son:

- a) El nombre del actor, su domicilio y el lugar para sus notificaciones en la ciudad sede del Tribunal.
- b) El nombre del demandado y el lugar donde debe ser citado (Art. 24 de la citada Ley).
- c) La designación del autor de la resolución o acto administrativo impugnado.

²⁵DIEZ, Manuel María. Derecho Administrativo. Tomo VI. Pág. 126

- d) Los fundamentos de hecho y de derecho de la acción expuestos con claridad.
En efecto, la estructura de la demanda consiste precisamente en la motivación y el fundamento legal o disposiciones legales que el demandante estima habérselas infringido.
- e) La indicación de haber agotado el trámite en vía administrativa y que el acto administrativo ha causado estado, en los casos señalados por la ley.
- f) La pretensión del demandante.
- g) La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir.
- h) Firma del actor y su Abogado

Además, al escrito de demanda deben acompañarse necesariamente los siguientes documentos habilitantes (Art. 31 de la Ley de la materia):

- a) De la personería del actor cuando no se actúa a nombre propio.
- b) La copia auténtica y autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la fecha de su notificación.
- c) Los que justifiquen haber agotado la vía administrativa.

Presentada la demanda, el Magistrado de la Sustanciación dispondrá que se cite al funcionario representante de la dependencia administrativa de la que haya emanado el acto o resolución que motiva la demanda.

3.2.1. Presentación de la demanda.

El proceso inicia con la demanda, según lo que establece el artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y deberá contener:

- a) La designación del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo del lugar del domicilio del administrado afectado.
- b) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones posteriores.
- c) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado.
- d) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.
- e) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión.
- f) La pretensión del demandante.
- g) La indicación de haber precedido la reclamación administrativa del derecho, en los casos expresamente señalados por la ley, ante los funcionarios competentes, y su denegación por parte de éstos.

El inciso segundo del artículo 18 de la Ley de Modernización del Estado (L.50-PCL. RO.349; 31 de dic-1993), reformado por el artículo 16 de la Ley para la Promoción de la Inversión y de la Participación Ciudadana dispone: “No se exigirá requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las instituciones del Estado el agotamiento o reclamo en vía administrativa. Este derecho será facultativo del administrado, siempre que lo ejerciera dentro del término de noventa días”.

- h) La enunciación de las pruebas que el actor se propone rendir.
- i) La firma del actor y del Abogado (a) patrocinador de la demanda.

En esta clase de juicios la demanda debe ser clara, completa y precisa; no se podrá cambiar o reformar la demanda en lo principal.²⁶

²⁶Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 30

A la demanda deben acompañarse los siguientes documentos:

- a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio, a menos que se haya reconocido dicha personería en la instancia administrativa.
- b) Copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado; y,
- c) Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en esta. (...).

Cabe señalar que en la actualidad no es necesario demostrar que se haya agotado la vía administrativa para acudir a la vía judicial, según lo que establece el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, el mismo que en su parte pertinente expresa:

Art. 38.- (...) No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.²⁷

3.2.2. Terminó para deducirla.

En el Recurso Subjetivo.-El término para deducir la demanda en la vía administrativa es de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

En el Recurso Objetivo.-En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica.

²⁷ Ley de Modernización del Estado, Art. 38.

En materia Contractual y otros de competencia del Tribunal, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.

En el Recurso de Lesividad, la demanda debería proponérsela igual dentro del término de los noventa días de haber sido expedida la resolución que ha declarado un acto lesivo, sin embargo, en el Art. 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Administrativa habla del plazo de tres meses para la interposición de la demanda. Debiendo consecuentemente primar por la jerarquía de la Ley, el “término de los noventa días”, previsto en la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3.3. Calificación de la demanda.

Calificar la demanda es verificar si la demanda reúne todos los requisitos que la ley establece para determinar su admisibilidad. De acuerdo con el Art. 32 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, contempla que si la demanda fuere oscura, irregular o incompleta, el Magistrado de Sustanciación ordenará que el actor la aclare, corrija, concrete o complete, en el término de cinco días; y si el actor no lo hiciere, rechazará la demanda.

La demanda no es susceptible de ser cambiada o reformada, de conformidad con el inciso final del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la demanda es un documento público que no puede alterarse, la vía más idónea para rectificar los errores es la elaboración de un escrito de alcance que la corrija, amplíe o complete, el mismo que deberá ser presentado por el actor, sin modificar lo sustancial del objeto de la demanda.

3.4.Citación.

Para Guillermo Cabanellas, la citación es una diligencia por la cual se hace saber a una persona el llamamiento hecho de orden del juez, para que comparezca en juicio a estar a

derecho. La persona citada debe comparecer por sí, o por medio de su procurador, ante el juez que la citó; en caso de no presentarse en el término fijado, se le acusa de rebeldía²⁸

El artículo 73 del Código de Procedimiento Civil codificado señala que la citación es el acto por el cual se le hace saber al demandado el contenido de la demanda o del acto preparatorio y de las providencias recaídas en estos escritos. Así mismo, el Art. 33 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dispone a quien se debe citar. La citación es una solemnidad sustancial del proceso. La falta de citación produce la nulidad del juicio.²⁹

Cabe precisar que en el proceso de lesividad las normas previstas en el Código de Procedimiento Civil constituyen ley supletoria de conformidad con el artículo 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.³⁰

En el proceso de lesividad se deberá citar a la persona cuyo acto, o resolución hubiere creado derechos subjetivos a su favor, es decir, al servidor público al cual la administración pública le pretende declarar lesivo el acto administrativo, expedido por la propia autoridad, es el caso del otorgamiento de un nombramiento a un servidor público que se pretende revocar por no haber sido expedido de acuerdo al concurso de merecimientos y oposición, cuya obligación nace de la Ley.

La citación se lo hará en persona, por medio de tres boletas, cuando no se pudiere hacer en forma por desconocimiento de su domicilio, se lo realizará por la prensa, esto es, cuando sea imposible determinar el domicilio.

El Art. 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, habilita para que intervengan en el proceso las personas que, sin ser titulares de un derecho que los beneficie directamente, tienen interés directo en el acto para que se mantenga. La calificación de parte coadyuvante, a falta de disposición expresa debe seguir lo establecido en los Art.492 y

²⁸ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual”, Editorial Heliasta. Tomo II. Buenos Aires. 1981.p. 148.

²⁹ Código de Procedimiento Civil, Art. 73.

³⁰ Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2012.

493 del Código de Procedimiento Civil, se debe tener presente en cualquier estado del proceso y no lo limita como en la esfera civil.³¹

3.5. Contestación a la demanda.

Citada la demanda y en conocimiento del o los demandados estos deben proceder a contestarla dentro del término legal de quince y veinte días, según el caso, e interponer sus excepciones para que una vez cumplido este hecho o en rebeldía del demandado proceder a impulsar la etapa probatoria. Es decir el demandado, puede hacer uso del derecho de contradicción. El derecho en la acción o en la excepción. Para Devis Echandia la excepción³² “es una especial manera de ejercitar el derecho de contradicción o defensa general que le corresponde a todo demandado, y que consiste en oponerse a la demanda para atacar las razones de la pretensión del demandante, mediante razones propias de hecho que persiguen destruirla, modificarla o aplazar sus efectos”. En la contestación, el demandado aplica el derecho a la legítima defensa el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 24 numeral 10 de la Constitución de la República.³³

El artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que el demandado en la contestación a la demandada, deberá señalar su domicilio o casilla judicial que corresponda a cada jurisdicción, esto según el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, además, todas las impugnaciones en contra de los fundamentos de hecho y de derecho, las excepciones debidamente fundamentadas las mismas que de conformidad con lo que establece el artículo 99 del Código de Procedimiento Civil, pueden ser dilatorias o perentorias; dilatorias cuando éstas suspenden o retardan el desenvolvimiento del juicio y perentorias cuando éstas se encaminan a extinguir la acción propuesta en la demanda, y conjuntamente enunciar las pruebas que va a aportar en el juicio.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en su artículo 39 señala que los medios de prueba serán los mismos que en materia civil, con excepción de la Confesión Judicial, sin embargo de esto se podrá realizar interrogatorios vía informes a las

³¹Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2012.

33. DevisEchandia. Citado por Herman Jaramillo Ordoñez, *La Justicia Administrativa*, Loja-Ecuador, Editorial Grafimundo, año 2003, p.46.

³³Constitución de la República del Ecuador.

autoridades nominadoras. Finalmente se deberá, considerar, para efectos de la contestación de la demanda, la norma prevista en el Art. 102 del Código de Procedimiento Civil.

El artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala que a la contestación de la demanda se debe acompañar los documentos en que funda su derecho y si no se encuentran en su poder se podrá solicitar a la persona que los tuviere.

El término para contestar la demanda de conformidad con el artículo 34 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa es de 15 días, el mismo término se le concederá al funcionario que tenga en su poder el expediente administrativo. Al respecto, el artículo 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, establece el término de veinte días para contestar la demanda para los Organismos y Entidades del Sector Público, norma que prevalece por su carácter orgánico.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 37, señala que si el demandado no contestare la demanda dentro del término concedido para el efecto, a solicitud del actor, será declarado en rebeldía; se le hará conocer esta providencia y no se contará más con él. Pero si el rebelde compareciere, se lo oír y tomará la causa en el estado en que la encuentre.³⁴

Según el Dr. Guillermo Cabanellas, la rebeldía “se denomina también contumacia, y es la ausencia de una de las partes al juicio, sin que esto de ninguna manera detenga la causa procesal”.³⁵

3.6. La prueba.

En el recurso de lesividad la Administración Pública deberá probar que el acto administrativo que impugna es lesivo al interés público y por tanto se debe solicitar al Tribunal Distrital Contencioso Administrativo que lo declare nulo o lo revoque.

³⁴Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, p. 389.

³⁵Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2012.

Según Devis Echandía, se entiende por medios de prueba, la actividad del juez o de las partes para llegar al conocimiento de los hechos del proceso, y por lo tanto la prueba se convierte en la fuente de donde se extraen los motivos o argumentos para lograr su convicción sobre los hechos del proceso.³⁶

El valor probatorio de algunos actos en el proceso contencioso administrativo no es el mismo que tiene el proceso judicial, y ello es así tanto por la naturaleza de ciertas pruebas como por el carácter propio de los actos administrativos.

Eleazar Gómez, al respecto señala que: “la economía procesal del proceso administrativo requiere de normas adjetivas especiales”³⁷

Como antítesis a esta teoría, coexiste otra que es sostenida por Devis Echandía, cuando menciona que si bien el proceso contencioso administrativo tiene peculiaridades que lo diferencian del proceso civil, no es menos cierto que las normas generales sobre la prueba, pueden ser aplicadas en los dos procesos, aunque dicha aplicación sea diferente, nada se opone a una teoría general de la prueba.³⁸

Al respecto el extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo señala:

“PRUEBA.- El Art. 119 del Código de Procedimiento Civil se refiere a la prueba y dice que ésta debe ser apreciada en conjunto de acuerdo a las reglas de la sana crítica. Es criterio reiterado de las Salas de casación, de conformidad con la doctrina que no puede servir de único fundamento para el recurso de casación la antedicha disposición porque lejos de contener preceptos sobre la apreciación de la prueba faculta a los Tribunales para apreciarla conforme a las reglas de la crítica racional.”³⁹

3.6.1. Características de la prueba.

³⁶DevisEchandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1966, p. 166.

³⁷Gómez Rodríguez Eleazar, *Derecho Administrativo*, p. 159.

³⁸DevisEchandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1966, p. 166.

³⁹Sala; juicio iniciado por Ruth Carrasco Moreno en contra de la Comisión de Tránsito del Guayas; martes 13 de agosto del 2003.

Como características de la prueba debemos señalar las siguientes:

- Las partes deben probar los hechos que alegan, excepto las presunciones de derecho.
- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos.
- El juez no tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas, sino únicamente de las que fueren decisivas para el fallo de la causa.
- Los jueces pueden ordenar de oficio las pruebas que juzguen necesarias para el esclarecimiento de la verdad, en cualquier estado de la causa, antes de la sentencia. Exceptuase la prueba de testigos, que no puede ordenarse de oficio; pero sí podrá el juez repreguntar o pedir explicaciones a los testigos que ya hubiesen declarado legalmente.
- Esta facultad se ejercerá en todas las instancias antes de sentencia o auto definitivo, sea cual fuere la naturaleza de la causa.
- El juez, dentro del término respectivo mandará que todas las pruebas presentadas o pedidas en el mismo término, se practiquen previa notificación a la parte contraria.
- Toda prueba es pública, y las partes tienen derecho de concurrir a su actuación.

3.6.2. Trámite.

Cuando la parte demandada haya contestado la demanda, el Magistrado de Sustanciación, debe notificar al actor sobre la apertura de la causa a prueba.

Una vez que hayan sido evacuadas las pruebas solicitadas por las dos partes o en el caso de que la controversia haya versado en cuestiones de puro derecho, el expediente pasa al Magistrado de Sustanciación para que sea el quien ordene el auto de cerrar el período de prueba, que en la práctica no sucede y por lo que se acostumbra notificar mediante providencia “autos para sentencia” y por lo tanto pasar a la tercera y última parte del proceso que es la de resolver.

De conformidad con el art. 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la contestación de la demanda se mandará a notificar al actor, y en la misma providencia, caso de haber hechos que deban justificarse, se abrirá la causa a prueba por el término de diez días, en el cual se practicarán las diligencias probatorias que se solicitaren. En la misma norma se establece que cuando la controversia versare exclusivamente sobre cuestiones de derecho, contestada la demanda se notificará a las partes, y sin otra sustanciación el Tribunal pronunciará sentencia en el término de doce días.

3.6.3. Clases de prueba o medios de prueba en materia contencioso administrativa.

Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en un proceso contencioso administrativo serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial, que no podrá pedirse al representante de la Administración, pero en su lugar, la parte contraria propondrá por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas, en vía de informe, por las autoridades o funcionarios de la Administración, a quienes conciernan los hechos controvertidos, es decir que no opera la confesión judicial como medio probatorio porque las autoridades nominadoras responden a intereses estatales, conforme lo dispone el Art. 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.⁴⁰

El proceso contencioso administrativo tiene como finalidad la aplicación de estos medios de prueba con la finalidad de restablecer la legalidad, probando quién produjo el acto o hecho como producto de la inobservancia de la ley.

⁴⁰Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 39.

El artículo 121 del Código de Procedimiento Civil así como la doctrina establecen las clases de pruebas aplicables en materia civil, las mismas que se hacen extensivas dentro del procedimiento contencioso administrativa, a saber son:

A.- Informes

La prueba de informes tiene características propias y no debe confundirse con otros medios de prueba. La razón de la prueba de informes, se funda en que el representante del órgano administrativo, por las funciones inherentes a su puesto de trabajo, defenderá a los intereses estatales de forma parcializada. Una vez que ha sido solicitada la prueba de informes, el representante del órgano administrativo no tiene término para responder el pliego de preguntas que el administrado le formula, pues la ley no menciona nada al respecto.

B.- Instrumentos Públicos

Un instrumento público es el otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario u otra autoridad competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.

Según el artículo 164 del Código de Procedimiento Civil el instrumento público o auténtico, es el autorizado con las solemnidades legales por el competente empleado. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública.

El instrumento público agregado al juicio dentro del término de prueba, con orden judicial y notificación a la parte contraria, constituye prueba legalmente actuada, aunque las copias se las haya obtenido fuera de dicho juicio. El instrumento público manifiesta, sin lugar a duda, la verdad de haberse otorgado y la fecha de su otorgamiento, respecto de todas las personas. Hasta antes de la reforma de 1978, cuando se calificaba la prueba en plena o semiplena, obviamente el instrumento público era considerado como prueba plena.

La fuerza probatoria del instrumento público es indivisible, se usa el instrumento en su totalidad.⁴¹

Fuera de los casos indicados en este artículo, el instrumento defectuoso por incompetencia del empleado o por otra falta en la forma, valdrá como instrumento privado, si estuviere firmado por las partes.

Estas pruebas son las más utilizadas en el procedimiento contencioso administrativo.

C.- Instrumentos Privados

Según en el art. 191 de nuestro Código de Procedimiento Civil, el instrumento privado es el escrito hecho por personas particulares, sin intervención de notario ni de otra persona legalmente autorizada, o por personas públicas en actos que no son de su oficio.

El instrumento privado podemos definirlo como el redactado por las partes interesadas, con testigos o sin ellos, pero sin intervención de notario o funcionario público que le de fe o autoridad. De concurrir algunos de estos últimos, y en ejercicio de sus funciones, se estaría ante la especie opuesta, es decir, el instrumento público.

El instrumento privado es aquel en el que a más de constar por escrito debe tener una firma y no contener ninguna formalidad que determine la autenticidad de aquel.

En el instrumento privado, es necesaria la demostración de que emana de la persona a la que se lo atribuye y esta demostración puede hacerse de las maneras siguientes:

- a. Mediante el reconocimiento de firma o,

⁴¹Falconí Juan, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Segunda Edición, Editorial Edino, p. 131.

- b. Mediante la comprobación judicial, en el caso de que se haya negado la autenticidad de la firma.

D.- Declaración de testigos

La declaración testimonial es un medio de prueba que consiste en la declaración representativa de una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce, recurre a un juez, con fines procesales sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza.⁴²

El Código de Procedimiento Civil, trata este tema sin definir que es la declaración testimonial, desde el artículo 207 en adelante, señala únicamente los requisitos para ser testigo idóneo, esto es se necesita edad, probidad, conocimiento e imparcialidad.

La persona que va a rendir su declaración lo hará bajo juramento y la declaración de testigos será apreciada por el Tribunal de acuerdo a las reglas de la sana crítica, pues el testigo siempre da la versión sobre hechos pasados y siempre existe el riesgo de que por el transcurso del tiempo, entre otras razones, pueda llegar esta versión al juez alterada.

Para tratar de excluir o minimizar las posibilidades de error o de que el testigo falte a la verdad a sabiendas, la Ley ha previsto ciertas formalidades que deben ser necesariamente cumplirse para la validez del testimonio, tales como el juramento que debe preceder a la declaración, la publicidad de la diligencia, a las que pueden concurrir las partes y cualquier persona, con excepción de los otros testigos y la notificación a las partes con el interrogatorio que se presenta al testigo, para que puedan ejercer su derecho a repreguntar y mejor control de la diligencia procesal. Además el testigo puede ser tachado por la falta de probidad e imparcialidad.

La prueba testimonial debe ser valorada de acuerdo a las reglas de la sana crítica, por expreso mandato, y es oportuno destacar que aun antes de las reformas de 1978, cuando se clasificaban las pruebas en plenas y semiplenas, la testimonial se ubicaba en las

⁴²DevisEchandía, *Nociones Generales de Derecho Procesal*, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1966, p. 166.

semiplenas, por obvias razones, pues el testimonio es una prueba subjetiva que puede estar influida por factores psíquicos, morales, éticos, la capacidad intelectual y aún la forma de la exposición al declarar. Por esto esta prueba puede llevar al juez a graves equivocaciones.⁴³

D.1.- Trámite de la prueba testimonial

La parte que necesita rendir prueba testimonial, presentará al juez la nómina de los testigos que deben declarar y el interrogatorio que se les hará a cada cual. El juez ordenará que la solicitud se comuniqué a la otra parte para que ésta pueda pedir que tales testigos declaren también sobre tales hechos, los cuales deberán constar en el interrogatorio.

El juez determinará según la demanda, la contestación y demás antecedentes procesales, las preguntas que debe satisfacer el testigo y hará él mismo las indagaciones e interrogaciones pertinentes, tomando en cuenta las condiciones personales del testigo y formulando las preguntas en términos apropiados a su capacidad intelectual.

Esta facultad que se le concede al juez de la causa, tendrá el juez deprecado o condicionado, sin perjuicio de que el juez que conoce el juicio pueda ordenar que se inserten en el deprecatorio las interrogaciones.

El juez señalará día y hora para iniciar la recepción de las declaraciones y este señalamiento se notificará a las partes, para que éstas puedan concurrir a la diligencia. No se admitirá más de seis testigos en ningún caso. El juez puede recibir la declaración en el domicilio del testigo, cuando encontrare justo motivo para hacerlo, para el efecto el juez se trasladará al domicilio del testigo. (Esto en la práctica no ocurre).

Toda declaración debe recibirse después de explicarle al testigo el significado del hecho de jurar y la responsabilidad penal para los casos de falso testimonio o perjurio, el juramento consistirá en la promesa de decir la verdad poniendo a Dios por testigo, si éste no profesa religión alguna prometerá decir la verdad por su palabra de honor. La declaración se llevará a cabo siempre y cuando no existan los impedimentos indicados anteriormente de todo lo cual se dejará constancia en autos.

⁴³FALCONÍ Juan, Comentarios al Código de Procedimiento Civil, Segunda Edición, Editorial Edino, p. 148.

Concluirá la diligencia con la firma del juez, el testigo y el secretario.

E.- Inspección Judicial

Según Devis Echandía la inspección judicial “es una diligencia procesal, practicada por un funcionario judicial, con el objeto de obtener argumentos de prueba, para la formación de una convicción mediante el examen y la observación con sus propios sentidos de hechos ocurridos durante la diligencia o antes pero que subsisten, o de rastros o huellas de hechos pasados y en ocasiones de su propia reconstrucción”.⁴⁴

Este medio de prueba es importante para formar el criterio del juez respecto de determinado litigio, pues examina directamente la cosa litigiosa

En el Código de Procedimiento Civil no se establece ningún requisito especial para la inspección, la que por supuesto debe ser pertinente. Puede ordenarse como diligencia preparatoria o por el juez de primera instancia y en cualquier estado de la causa cuando el juez haga uso de la facultad de ordenar las pruebas de oficio.⁴³

Es una prueba objetiva en la que el juez personalmente se informa, aprecia, en el terreno mismo y efectúa todas las observaciones, formándose un concepto claro de los hechos de la materia de la litis o que van a ser materia de la controversia.

F.- Trámite

Ordenada la inspección, el juez señalará, en la misma providencia. La fecha y hora de la diligencia, y designará perito tal solo si lo considerare conveniente.

En el día y hora señalados, concurrirá el juez al lugar de la inspección; oír la exposición verbal de los interesados, y reconocerá con el perito o peritos la cosa que deba examinarse. Inmediatamente extenderá acta en que se exprese lugar, día y hora que la diligencia; las

⁴⁴DevisEchandía, Nociones Generales de Derecho Procesal, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1966, p. 445.

personas que concurrieron a ella; las observaciones y alegatos de las partes, y la descripción de lo que se hubiese examinado el juez. Los concurrentes deberán firmar el acta; y si las partes no quisieren o no pudieren hacerlo, se expresará la circunstancia.

En el acta se hará mención de los testigos que presentaron las partes, de los documentos que se leyeron; pero las declaraciones de los testigos se redactarán, separadamente, en la forma legal. Tanto éstas como los documentos, se agregarán a los autos; y si hubieren sido presentados dentro del término correspondiente, surtirán los respectivos efectos probatorios.

La inspección judicial no puede ser comisionada a otro juez. Por ello, si la cosa que va ser objeto de la inspección está ubicada en lugar diferente (cantón, provincia, etc.) de aquel en que tienen su domicilio actor y demandado, es competente el juez del lugar donde se encuentra la cosa. En el juicio propiamente dicho, el demandado puede excepcionarse con la incompetencia del juez.⁴⁵

G.-Dictamen de Peritos

Es un medio de prueba por el cual las personas ajenas al proceso que poseen conocimientos esenciales en alguna ciencia, arte o profesión, informan sobre la percepción de determinados hechos o bien sobre la interpretación de los mismos, a fin de formar la convicción del juez.⁴⁶

Se puede definir al perito, al que interviene en el procedimiento civil, administrativo, penal o de otra jurisdicción, como la persona “que, poseyendo especiales conocimientos teóricos o prácticos, informa, bajo juramento, al juzgador sobre los puntos litigiosos en cuanto se relacionan con su especial saber y experiencia”. El perito es un intermediario entre el juez y la cosa a través de su actuación, permite al juez ver una realidad concreta. No obstante, quien aprecia el mérito del informe del perito es el juez, que puede separarse de la opinión pericial. El juez es concedor del derecho, pero carece de conocimientos sobre otras

⁴⁵Falconí Juan, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Segunda Edición, Editorial Edino, p. 152.

⁴⁶AraziRoland, *La Prueba en el Proceso Civil*, Buenos Aires- Argentina, 1976, p. 99.

ciencias, artes, técnicas, es por ésta razón que es importante el informe pericial para resolver litigios.

Según el artículo 250 del Código de Procedimiento Civil, se nombrarán perito o peritos para los asuntos litigiosos que demanden conocimientos sobre alguna ciencia, arte u oficio.⁴⁷ El perito emitirá un informe el mismo que deberá ser redactado con claridad y con expresión de los fundamentos en que se apoye: y si fuere oscuro o insuficiente para esclarecer el hecho disputado, el juez de oficio o a petición de parte, exigirá de ellos la conveniente explicación. En caso de discordia en los informes periciales, el juez de considerarlo necesario para formar su criterio, nombrará otro perito.

Al juez le corresponde apreciar cual es el mérito de convicción que debe otorgarle al dictamen pericial, sin que esté obligado a aceptarlo, pues se trata de una prueba que debe valorarse y no de un dictamen judicial que es privativo del juez e indelegable.⁴⁸

La intervención del perito puede ser facultativa o necesaria pero en cualquier caso el perito es un auxiliar del juez, para la constatación de un hecho o apreciación de sus efectos, teniendo en cuenta que para ser perito no es necesario título profesional alguno, pero evidentemente sería mejor ostentarlo, actualmente deberá estar debidamente acreditado como tal en el Consejo de la Judicatura.

H.- Dictamen de Intérpretes

Debe nombrarse intérpretes para conocer documentos escritos en caracteres anticuados o desconocidos, para examinar a los que ignoran el idioma castellano y traducir los documentos escritos en idioma extranjero, o para examinar a los testigos mudos que no sepan escribir. La omisión en el nombramiento de intérprete cuando deba ser nombrado, acarrea la nulidad de la diligencia solamente, no del juicio y así lo establece con claridad meridiana.

⁴⁷Código de Procedimiento Civil, Art. 250.

⁴⁸Rocha, *Derecho Probatorio*. p. 396.

Resulta también aplicable también a los peritos en relación al nombramiento y aceptación, así como el juramento, el término para rendir el informe y la facultad del juez de nombrar otro u otros, independientemente de que podrá pedir las aclaraciones o datos que estime necesarios.

Como en el caso de los peritos, el juez tampoco está obligado a atenerse al dictamen de los intérpretes en contra de su convicción.

I.- Grabaciones Magnetofónicas, Radiografías, Fotografías y otros

Al respecto el Dr. Juan Falconí, en su obra “ Comentarios al Código de Procedimiento Civil”, expresa que constituyen pruebas “las grabaciones magnetofónicas, las radiografías, las fotografías, las cintas cinematográficas, así como también los exámenes morfológicos, sanguíneos o de otra naturaleza técnica o cinética, debiendo la parte que los presente suministrar al juzgado los aparatos o elementos necesarios para que pueda apreciarse el valor de los registros y reproducirse los sonidos o figuras. Estos medios de prueba serán apreciados con libre criterio judicial. La posibilidad y la ampliación de los medios de prueba ciertamente que es muy útil para demostrar las afirmaciones de los litigantes, pero es necesario manejar con cautela determinados medios de prueba, como por ejemplo las grabaciones que más de un inmoral se ha permitido hacer, inclusive de conversaciones telefónicas. En este supuesto los documentos obtenidos con violación de las comunicaciones telegráficas, cablegráficas y telefónicas, no harán fe en juicio por atentar contra la garantía constitucional de la inviolabilidad y el secreto de la correspondencia consagrado en el artículo 19 numeral 8 de la Constitución.”⁴⁹

Como excepción o hecho particular, hay que manifestar la improcedencia de la confesión judicial en el procedimiento administrativo; La Confesión Judicial, el recurso administrativo como garantía de la persona particular frente a la Administración Pública es una garantía relativa porque las Entidades del Estado se juzgan a sí misma.

En el procedimiento administrativo son admisibles todos los medios de prueba que la ley establece, excepto la confesión de funcionarios y empleados públicos.

⁴⁹Falconí Juan, Comentarios al Código de Procedimiento Civil, Segunda Edición, Editorial Edino, p.100.

El Art. 39 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala: Medios de prueba.- Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en este juicio serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil, excepto la confesión judicial, que no podrá pedirse al representante de la Administración, pero en su lugar, la parte contraria propondría por escrito las preguntas que quiera hacer, las cuales serán contestadas en vía de informe, por las autoridades o funcionarios de la Administración, a quienes conciernan los hechos controvertidos.

La confesión precisa necesariamente a los hechos y no al derecho, a los hechos personales del confesante en los que directamente haya intervenido la parte que confiesa y por ende si no ha intervenido en los hechos mal puede confesar, pudiendo negarse a absolver sobre los hechos que no sean personales.

Teniendo que ser la confesión de hechos personales, surgen los problemas de representación tanto legal o de derecho como de representación; pues en muchos y la mayoría de ocasiones el representante legal, la máxima autoridad de la institución pública no ha tenido intervención directa en los hechos.

Además, es necesario tomar en consideración que el funcionario público por mandato de ley no podrá manifestarse en contra de los intereses de su institución, ni del Estado.

3.7. El alegato.

De las disposiciones constantes en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se puede concluir que el alegato puede ser escrito u oral; el alegato escrito se denomina informe en derecho; y el oral, audiencia de estrados.

Para Herman Jaramillo, el Informe en derecho, “es un acto jurídico procesal y discrecional – alegato escrito- que presenta el abogado defensor de cualquiera de las partes ante los magistrados del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, antes de la sentencia, con sólidos argumentos jurídicos, sobre los puntos más sobresalientes del proceso, valorando los hechos investigados y probados en la causa e invocando las leyes, la

jurisprudencia y la doctrina científica, para persuadir en derecho a dictar una sentencia justa”.⁵⁰

El artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, señala que concluido el término de prueba, el Tribunal debe dictar sentencia dentro de doce días. En la práctica este término es inaplicable debido a la cantidad de juicios que se ventilan en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, por lo que, las partes suelen presentar alegatos en derecho o solicitar audiencias de estrados, para alegar verbalmente, de tal manera que, los ministros jueces tengan suficientes elementos jurídicos de la verdad de los hechos y la fundamentación jurídica, a fin de que expidan la sentencia respectiva. Los alegatos en derecho, como manifestamos anteriormente, son una exposición de los hechos y los argumentos de derecho pero en forma escrita. Estos tienen la finalidad de aclarar o dirigir a los jueces respecto de los fundamentos de hecho y de derecho de la acción y la excepción deducidas. A los alegatos en derecho se le podrá adjuntar documentos públicos o privados que deberán tomarse en cuenta y que no hubieren sido presentados en la etapa probatoria.

La Audiencia de Estrados, es la estrategia de los abogados que nos permite presentar ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo un alegato oral de la fundamentación jurídica que sustenta la acción, en beneficio de una mejor comprensión para el juez; la parte que solicita la audiencia será escuchada primero y luego puede ser oída la otra parte, pero en ningún caso puede haber replica de una de las partes de la contienda. Tanto la audiencia de estrados como los alegatos en derecho se elaborarán después del término probatorio y antes de dictar sentencia.

3.8. La sentencia.

Para Chiovenda, “la sentencia es la resolución del juez que, atendiendo o rechazando la demanda afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta en la ley, que garantiza un bien; o, lo que es igual, respectivamente, la inexistencia o existencia de una voluntad de la ley que garantiza un bien al demandado”⁵¹

⁵⁰ Herman Jaramillo Ordoñez, La Justicia Administrativa, Loja-Ecuador, Editorial Grafimundo, año 2003. P. 51.

⁵¹ Chiovenda. Citado por Guillermo Cabanellas. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Editorial Eliasta. Tomo VII. Buenos Aires, Argentina, 1986.p. 372.

La palabra sentencia proviene del latín “sintiendo” que significa opinando y para que sea tal es necesario que provenga de un juez dotado de jurisdicción legal, esto es, dotado de la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El Código de Procedimiento Civil en el artículo 269 define a la sentencia como la “decisión del juez acerca del asunto o asuntos principales del juicio”. Entonces, la sentencia se refiere a un caso concreto, a una controversia en particular que ha sido sometida a la decisión judicial y constituye el modo normal de terminar la relación procesal, pues desde que se inicia hasta que termina, el juez dicta muchas providencias, unas que resuelven parcialmente el proceso y otras de mero trámite. La sentencia deberá decidir únicamente los puntos sobre los que se trabó la litis y los incidentes que, originados durante el juicio, hubieren podido reservarse, sin causar gravamen a las partes, para resolverlos en ella. La sentencia que admite la demanda se denomina estimatoria que de acuerdo con la naturaleza de la acción puede ser: declarativa, constitutiva o de condena. La sentencia que rechaza la demanda se denomina desestimatoria o absolutoria. Los Magistrados del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo dictarán sentencia dentro del término de doce días, esto de conformidad con lo que establece el artículo 41 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Para que se emita una sentencia es necesario dos de los tres votos de los Magistrados de la Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de cada jurisdicción y en caso de que no exista un acuerdo para emitir la sentencia será necesaria la intervención de los conjuces, de acuerdo con lo previsto en el art. 43 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Posteriormente una vez emitida la sentencia firmarán los Magistrados y Conjuces de ser el caso, y en caso de existir voto salvado se redactará por separado de la sentencia. La sentencia será dictada por los Magistrados ante los que se hubiera hecho la relación de la causa excepto en los casos que establece el artículo 46 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto es:

- a) Pérdida o suspensión total de la jurisdicción, menos en el de licencia que no exceda de un mes.
- b) En los de imposibilidad física o mental, o de ausencia fuera del territorio del Estado, que pasaren de un mes.

Ejecutoriada la providencia en que se llama a un Conjuez, intervendrá éste hasta que se resuelva la causa, salvo las excepciones establecidas en los incisos anteriores, o el de estar impedido de ejercer la profesión de abogado. Se entenderá resuelta la causa, para los efectos de este artículo, ya sea que se falle los puntos sometidos al conocimiento del Tribunal, ya sea que se declare la nulidad del proceso.⁵²

3.8.1. Estructura de la sentencia.

La sentencia debe cumplir con ciertas formalidades, extrínsecas, como son la fecha y la hora en que es expedida, el idioma que debe ser el castellano, agregada a los autos y firmada por el juez. A la sentencia la podemos dividir en tres partes que son:

1) etapa expositiva; 2) etapa considerativa; y, la 3) etapa resolutive.

1. La expositiva, dice relación a la exposición de los hechos, es la parte inicial donde se encuentra la palabra *VISTOS*, esto demuestra que quien emite la sentencia ha estudiado todos los antecedentes, que van a ser motivo del fallo, se la conoce también como premisa mayor.
2. La considerativa, en donde encontramos los *considerandos*, los cuales toman en cuenta tres puntos: validez del proceso, es decir que todo este sujeto a las normas adjetivas, la prueba y los artículos de las leyes, a esta etapa se la conoce también como premisa menor; y,
3. La parte Resolutiva, que es la decisión o resolución propiamente dicha, es la parte dispositiva de la sentencia y debe resolver con claridad los puntos sobre los cuales se traba la litis. A esta se la distinguirá por la frase “ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCION Y LEYES DE LA REPUBLICA”.

⁵²Op. Cit., Art. 44

La sentencia se ejecutoria una vez que haya transcurrido el término de tres días, y siempre y cuando no se haya interpuesto recurso alguno. Ejecutoriada la sentencia adquiere la categoría de “cosa juzgada”, por lo que es inamovible e inalterable, ningún juez podrá modificar su contenido.

3.9. La aclaración y la ampliación.

Una vez que una de las Salas del Tribunal Distrital de lo Contencioso emitan la sentencia o la resolución ésta no se podrá alterar en ningún caso, pero las partes puede solicitar su ampliación o aclaración dentro del término de tres días.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

“Art. 47.- El Tribunal no puede revocar ni alterar, en ningún caso, el sentido de la sentencia pronunciada; pero podrá aclararla o ampliarla, si alguna de las partes lo solicitare dentro del término de tres días.”⁵³

Según el artículo 48 de la ley ibídem, dispone que la aclaración procede si la sentencia es oscura y la ampliación de la sentencia cuando uno de los puntos que traba a la litis no ha sido resuelto. Tanto la aclaración como la ampliación, puede ser rechazada mediante providencia. La misma Sala que emitió la sentencia será la competente para conocer de la ampliación o la aclaración.

La Sala Especializada de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia señala que: **"ACLARACIÓN.** - Tendrá lugar si la sentencia fuere oscura, y la ampliación cuando no se hubiere resuelto alguno de los puntos controvertidos, o se hubiere omitido decidir sobre frutos, intereses o costas.”⁵⁴

⁵³Op. Cit., Art. 47.

⁵⁴Juicio iniciado por Luis A. Bowen Sotomayor contra la Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado, RO 226, viernes 5 de diciembre del 2003.

3.10. La ejecución de la sentencia.

Para el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez, “la ejecución de la sentencia, es una nueva etapa del proceso que le corresponde realizar a la respectiva autoridad administrativa, conforme a los términos de la sentencia, una vez que se encuentre ejecutoriada y se haya notificado a las partes. Mediante la ejecución de la sentencia se hace efectiva la decisión de la voluntad del Estado, y se cumple las pretensiones del vencedor de la contienda”.⁵⁵

Cuando cualquier órgano jurisdiccional declare, mediante sentencia ejecutoriada, la obligación del Estado o de cualquier otra entidad del sector público, a pagar cualquier suma de dinero o cumplir determinado acto o hecho, la ejecución de dicha sentencia se cumplirá de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Art. 39 de la Ley de Modernización del Estado en concordancia con el Art. 62 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Continua el autor señalando que, la ejecución de la sentencia o el pago de la indemnización señaladas por el Tribunal por imposibilidad de ejecución, tiene que constar en autos; caso contrario, a petición de parte, adoptará todas las medidas legales para su cumplimiento, establecidas en el Código de Procedimiento Civil.

3.11. El recurso contencioso administrativo.

En nuestro país mediante Ley No. 35, publicada en el Registro Oficial No. 338 del 18 de marzo de 1968 se expidió la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Anteriormente el conocimiento de este tipo de controversias eran conocidas por el Consejo de Estado. Entrando en materia, no se entiende la jurisdicción contenciosa administrativa sin considerar al Estado de Derecho por el cual las autoridades, servidores y funcionarios públicos están obligados a hacer solamente lo que la ley ordena, es decir cumplir con las facultades que ésta expresamente les confiere. Este concepto ha sido armonizado a nuestra época por el Estado Constitucional de Derechos y Justicia que es la forma de Estado de Derecho cuya teleología es la realización material de la dignidad humana a través de la

⁵⁵Herman Jaramillo Ordóñez, La Justicia Administrativa, Grafimundo, año 2003, Loja-Ecuador, P. 56.

existencia y aplicación de garantías judiciales de los derechos. Para lo cual se considera a la Constitución como una norma jurídica de aplicación directa.

Es importante retomar la fórmula antes enunciada Estado constitucional de derechos y justicia- que consta en el Art. 1 de la Constitución de la República, pero con la siguiente connotación:

“La palabra ley (o legalidad) no designa a la ley en sentido formal. Hace referencia a **todas las normas del ordenamiento**. Legalidad es sinónimo de ordenamiento. Lo correcto entonces es cambiar el nombre de principio de legalidad y llamarlo **principio de juridicidad**. La vigencia del principio de juridicidad implica que los atributos de la ley ahora pasan a ser propiedad de la Constitución” (*Montaña P. Juan; Supremacía de la Constitución y Control Constitucional en la nueva Constitución*).

Jurisdicción Contencioso Administrativo, es un medio en virtud del cual los particulares administrados que se sienten afectados por la falta o la indebida aplicación de una ley administrativa, que vulnere sus derechos, por las autoridades fiscales o ejecutoras de la administración pública, puede acudir a los tribunales contencioso- administrativos, para que de acuerdo con los procedimientos que establece la ley de la materia, los titulares de estos órganos determinen si en efecto, los órganos de la administración pública a los que se les imputa la violación cometida la han realizado o no y en caso afirmativo declaren la procedencia del procedimiento de lo contencioso y administrativo y consecuentemente la nulidad o revocación del acto impugnado.

3.11.1. Definición.

En sí mismo, definiremos al proceso contencioso administrativo como eljuicioque plantea el administrado para ante los tribunales de lo contencioso-administrativo, sobre pretensiones fundadas en preceptos de derecho administrativo que se litigan entre particulares y la administración pública, por los actos ilegales de esta, que lesionan sus derechos.

Desafortunadamente en nuestra legislación no contamos con un Código de Procedimientos Administrativos, por lo que la propia Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se

encarga de describirlo, la misma que subsidiariamente manda a aplicar las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, en todo lo no previsto en la ley y que fuere pertinente.

Procede el juicio contencioso administrativo en contra de:

- "...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" Art. 1. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

- "...resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos" Art. 2 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

3.11.2. Clases de juicios contenciosos administrativos.

El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.

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

El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal" Art. 3 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Sobre estos dos tipos de recursos –juicios- es importante destacar que: respecto a un acto administrativo de carácter general, puede interponerse recurso objetivo o de anulación,

cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva; o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente.

3.11.3.Partes procesales en el juicio contencioso administrativo:

a) El actor:

- Persona natural o jurídica interesada directamente en los actos y disposiciones de la administración.

- Las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público, semipúblico, 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.

- El titular de un derecho derivado del ordenamiento jurídico que se considerare lesionado por el acto o disposición impugnados y pretendiere el reconocimiento de una actuación jurídica individualizada o el restablecimiento de la misma

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

b) El demandado:

- Órgano de la Administración Pública y las personas jurídicas semipúblicas de que proviniera el acto o disposición a que se refiere el recurso.

- Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición.

c) El tercero interesado coadyuvante:

- Cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto o disposición que motivare la acción contencioso-administrativa.

La demanda

Deberá formularse por escrito y presentarse directamente ante la sala Distrital correspondiente al domicilio del administrado (Art. 38 de la Ley de Modernización) y, dentro de los 90 días en asuntos de plena jurisdicción o subjetivo; y, dentro de los 3 años si se plantea el recurso objetivo o de nulidad.

De conformidad con el artículo 38 de la Ley de Modernización no se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa

La demanda deberá contener los siguientes requisitos formales:

- a) El nombre del actor e indicación de su domicilio y lugar donde deben efectuarse las notificaciones.
- b) La designación del demandado y el lugar donde debe ser citado
- c) La designación de la autoridad, funcionario o empleado de quien emane la resolución o acto impugnado.
- d) Los fundamentos de hecho y de derecho expuestos con claridad y precisión.
- e) La pretensión del demandante

El actor deberá adjuntar a la demanda:

- a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio, a menos que se haya reconocido dicha personería en la instancia administrativa.
- b) La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.

La citación: El juez de sustanciación dispondrá que se cite al funcionario representante de la dependencia administrativo que emitió el acto o resolución que se demanda. Si el acto proviniera del Ejecutivo o contra el Estado o sus instituciones se procederá con la citación al Procurador General del Estado.

Asimismo se citará a la persona natural o jurídica en cuyo favor derivare el acto o resolución administrativa que se impugna.

La Contestación a la demanda: El demandado tendrá el término de 20 días (Art. 9 Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado) para contestar la demanda y proponer conjuntamente las excepciones dilatorias y perentorias de que se crea asistido.

Con la contestación de la demanda se mandará notificar al actor.

La Prueba: Se abrirá el término de prueba únicamente si hay hechos que se deban justificar. Los medios de prueba serán los mismos que establece el Código de Procedimiento Civil (en este procedimiento es supletorio a la LJCA), excepto la confesión judicial.

La Sentencia: Transcurrido el término de prueba, en caso de haberse abierto; o, si únicamente se resuelve sobre cuestiones de derecho se notificará a las partes y se emitirá sentencia.

Las sentencias del Tribunal se notificarán a las partes y se ejecutarán en la forma y términos que en el fallo se consignent.

Aclaración o ampliación: El Tribunal podrá únicamente aclarar o ampliar la sentencia a solicitud de las partes dentro del término de tres días.

Recurso de casación: Las sentencias dictadas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo son susceptibles de recurrirse en casación.

El término para la interposición es de cinco días para los administrados; y, de quince días para los organismos y entidades del sector público.

CAPITULO IV

4. Conclusiones Y Recomendaciones

4.1. Conclusiones

1. La lesividad administrativa es una institución jurídica que no se le ha dado la importancia que reviste, por la función que implica de protección al fin principal del Estado, que en suma tiende al bien común de la población y a la protección de los derechos de los administrados, a quienes puede perjudicar, el dejar sin efectos legales un acto o resolución que les beneficiaba, en observancia de las garantías constitucionales que le asisten a toda persona, pero partiendo del principio superior, de que el interés público o social prevalece sobre el particular.
2. Entendemos que la lesividad administrativa, consiste en el conjunto de trámites y formalidades que efectúa la Administración Pública para declarar que un acto administrativo, no es susceptible de dejarse sin efecto oficiosamente, es desfavorable a los derechos o intereses del Estado, y así con posterioridad éste pueda plantear el proceso contencioso administrativo con el objeto de que jurisdiccionalmente se resuelva la ineficacia del acto referido.
3. La lesividad está conformada por dos momentos principales: primero, la fase inicial cuando se tramita en sede administrativa la declaratoria respectiva que implica dictámenes y verificaciones de las lesiones existentes (procedimiento administrativo), y segundo, cuando se sustancia en sede jurisdiccional (el proceso contencioso administrativo). En nuestra legislación no existe una ley o reglamento que regule en forma específica el procedimiento administrativo de lesividad, lo que hace que se lleve con cierta discrecionalidad. De igual forma el proceso jurisdiccional no tiene un trámite especial, por lo que se aplica el mismo proceso contencioso administrativo que establece la Ley respectiva. Lo que hace necesaria una regulación integral y sistemática, acorde al principio de legalidad que contribuya a la seguridad y certeza jurídica, ideal de un Estado de Derecho y Justicia Social.
4. La lesividad se justifica en que la Administración no puede dejar sin efecto de oficio y en forma unilateral el acto considerado lesivo, puesto que todo acto administrativo

goza de las características de estabilidad y presunción de legalidad; además, ese acto puede declarar o reconocer derechos adquiridos de los administrados. Por esa razón en base al principio rector, de que la facultad revisora de los actos administrativos puede ejercitarse oficiosamente, siempre que los mismos no hayan sido consentidos por los administrados y por la propia Administración, de lo contrario, sólo podrá dejar sin efecto el acto administrativo, cumpliendo los plazos y siguiendo los trámites y formalidades administrativas y jurisdiccionales aplicables.

5. En el proceso contencioso administrativo de lesividad el actor o demandante es siempre la Administración Pública, ya sea centralizada, descentralizada o autónoma, al contrario del proceso contencioso administrativo ordinario, en el que la Administración Pública figura como demandada. El demandado en el proceso de lesividad es la persona a quien beneficia o favorece el acto administrativo lesivo. En la práctica, es frecuente que no se entable el proceso referido en contra de alguien en particular, sino en contra del acto administrativo considerado lesivo.
6. La lesividad persigue la revocación y no la anulación del acto, ya que por regla general ese acto administrativo es legal, pero lesivo, y su retiro del campo jurídico, por cuestiones de oportunidad, técnicamente es por la vía revocatoria y no por la anulativa; sin embargo, esta última puede tener lugar, cuando el acto administrativo aparte de ser lesivo es ilegal, puesto que es con la anulación que se procede, según la doctrina y la técnica jurídica, a dejar sin efecto un acto donde se ha violado la ley. En consecuencia, un acto legal o un acto ilegal pueden ser o no lesivos, por lo que no necesariamente se requiere que el acto sea ilegal para ser lesivo. Lesividad e ilegalidad no son lo mismo, pero tampoco son excluyentes.
7. El proceso contencioso administrativo de lesividad es aquel proceso especial, planteado ante tribunal competente por un órgano administrativo de cualquier naturaleza, para impugnar un acto administrativo que es adverso a los derechos o intereses públicos que representa y el cual ha sido realizado por este mismo o por cualquier otro órgano de la Administración, con el objeto de dejarlo sin efecto y se proceda a la restauración de los daños y/o perjuicios causados.

8. La lesividad puede tener su origen en una "lesión de derechos", tanto subjetivos cuando se vulnera un derecho subjetivo de la Administración Pública, como objetivos cuando existe violación o infracción de la ley; obien, en una "lesión de intereses", cuando se afectan los intereses públicos del Estado, los cuales generalmente son de tipo económico o patrimonial, aunque no se descartan los intereses políticos o de cualquier otra naturaleza. Consiste en la habilidad de la Administración Pública en argumentar y probar a la Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que existió una lesión al Estado, independientemente de que se trate de "derecho" o de "interés".
9. El proceso contencioso administrativo es un conjunto de instituciones jurídicas que precautelan y reconocen los derechos de los administrados y que permiten oponerse a la voluntad administrativa que los lesiona.
10. Los recursos contenciosos administrativos, son protecciones jurídicas que tutelan el control de la legalidad dentro de la jurisdicción contencioso administrativa.
11. La importancia de los recursos judiciales radica en sí, en poder ejercer el derecho de contradicción sobre una resolución que el accionante sostiene que han sido dictadas violentando el ordenamiento jurídico.
12. Los recursos judiciales dentro de la esfera de la jurisdicción contenciosa pueden clasificarse en subjetivo, objetivo, y de lesividad sin embargo sobre este último recurso hay mucho que tipificar como por ejemplo su declaratoria, procedimiento, prescripción e instancias.

4.2. Recomendaciones

1. Elaborar un proyecto de reformas a la Ley de lo Contencioso Administrativo, que regulen en una forma más completa, integral y específica el trámite administrativo y los procesos contenciosos administrativos para conocer las declaratorias de lesividad, con un trámite específico, tomando en cuenta que es un proceso especial, en el que la Administración Pública es la demandante y no el administrado, siendo parte como demandado y tercero con interés las personas a las que perjudique la declaratoria de lesividad y el efecto revocatorio o de nulidad del acto administrativo declarado lesivo.

2. Elaborar un proyecto de ley específica para una Ley de Procedimientos Administrativos o un Código Procesal Administrativo, o en todo caso reglamentar, en base a la Ley de lo Contencioso Administrativo, creando normas que regulen todo lo concerniente a la declaratoria de lesividad administrativa y el proceso judicial ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, iniciativas que para este caso y el anterior podrían surgir o solicitarse a la Asamblea Nacional.

3. La normativa que se emita para el efecto, básicamente debe contener estos puntos que han surgido con anterioridad por estudiosos de la materia, a saber:
 - a. Todo lo relacionado con los actos y procedimientos que día a día realiza la Administración Pública en ejercicio de sus funciones y atribuciones.

 - b. Quién es la autoridad administrativa competente para declarar la lesividad en las entidades descentralizadas y autónomas del Estado.

 - c. Cuál es el procedimiento administrativo que en forma específica y sistemática debe seguir la Administración Pública en el caso de considerar que un acto administrativo es lesivo a los derechos e intereses del Estado.

 - d. Cuáles son los lineamientos claros y precisos que debe seguir la substanciación del proceso contencioso administrativo de lesividad. Todo esto con el objeto de que exista una mejor aplicación en los casos concretos que se presenten en la práctica administrativa y darle mayor seguridad jurídica al régimen de legalidad del Estado.

Una vez que he concluido el breve estudio del recurso de lesividad dentro de la jurisdicción contenciosa administrativa, es necesario recomendar:

4. Que al Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que tipifica dos clases de recursos a) el recurso de plena jurisdicción o subjetivo y b) el recurso de anulación, objetivo o de exceso de poder, debe agregarse el literal c) que se deberá referir **al recurso de lesividad**, de manera que este recurso no sea una institución jurídica escondida en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de esta manera se evite las presentaciones de acciones judiciales en contra de los intereses del Estado. Esta reforma al Art. 3 de la Ley Ibídem desaparecerá el vacío legal que se ha generado hasta el momento.
5. Que en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en las disposiciones generales es necesario que se incorpore una que señale que el trámite que debe darse al recurso de lesividad, será el mismo que se ha realizado con los recursos contenciosos administrativos.
6. Que es necesario que se precise cuanto tiempo tiene la autoridad nominadora para emitir la resolución de lesividad de un acto o resolución administrativa.
7. Que se modifique o se agregué al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa administrativa, que la autoridad nominadora tendrá el término de noventa días para interponer el recurso de lesividad, contados desde la fecha de declaratoria de lesividad.
8. Que además es necesario señalar si el recurso de lesividad terminará por desistimiento, abandono o allanamiento.
9. Que por todas las recomendaciones efectuadas es necesario que se realice las reformas planteadas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
10. Con esto se evitaría que la Administración pública deje de proceder de manera arbitraria revocando actos administrativos que no debe y actué de conformidad con el ordenamiento jurídico.

11. En el desarrollo de la presente tesis se ha demostrado que no ha sido suficiente que la acción de lesividad se encuentre en el literal d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en virtud de que en este artículo en principio ni siquiera la nombra y se ha comprobado que no existe regularización de este recurso, pues deja sin tocar varios aspectos fundamentales de ella, como el procedimiento que debe seguir la administración para plantearla.

5. - Índice

1. NOCIONES GENERALES.....	5
1.1. Naturaleza.....	5
1.2. Antecedentes.....	6
1.3. La lesividad en otras legislaciones	8
1.4. La Auto tutela como principio fundamental en el Derecho Administrativo	17
1.5. El Principio In Ius Vocatio.....	20
1.6. La Causalidad	21
2. LA LESIVIDAD	30
2.1. Concepto.....	30
2.2. La Lesividad en la Legislación Ecuatoriana	31
2.3. Fundamentos Legales de la Lesividad.....	32
2.4. La Declaratoria Previa de la Lesividad.....	35
2.5. Requisitos de la Lesividad.....	36
2.6. La Declaración de Lesividad.....	38
2.7. La Acción de Lesividad.....	39
3. EL PROCEDIMIENTO EN EL JUICIO DE LESIVIDAD	41
3.1. Plazo.....	41
3.2. La Demanda.....	42
3.2.1. Presentación de la demanda.....	43
3.5. Contestación a la demanda	48
3.6. La Prueba.....	49
3.6.1. Características de la Prueba	50
3.6.2. Trámite	51
3.6.3. Clases de Prueba o Medios de Prueba en Materia Contencioso Administrativa..	52
3.7. El Alegato.....	61
3.8. La Sentencia.....	62
3.8.1. Estructura de la Sentencia.....	64
3.9. La Aclaración y la Ampliación.....	65
3.10. La Ejecución de la Sentencia	66
3.11. El Recurso Contencioso Administrativo.....	66
3.11.1. Definición.....	67

3.11.2. Clases de Juicios Contenciosos Administrativos	68
3.11.3. Partes procesales en el juicio contencioso administrativo:.....	69
4. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	73
4.1. Conclusiones.....	73
4.2. Recomendaciones.....	75
5. - INDICE.....	79
6.- BIBLIOGRAFIA	81
ANEXOS	85

6.- Bibliografía

1. BIELSA, Rafael. "Derecho Administrativo". Tomo II. Buenos Aires- Argentina. Año 1964.
2. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.
3. CHAVETANO, Idalberto, "Introducción a la Teoría General de al administración", Cuarta Edición, Bogotá- Colombia. Año 1995.
4. DIEZ, Manuel María, "Manual de Derecho Administrativo", Editorial Plus Ultra, Tomo II, Buenos Aires- Argentina, Año 1997.
5. DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo". Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires- Argentina, Año 1992.
6. ECHANDÍA, Devis. Nociones Generales de Derecho Procesal, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1966.
7. ESCUIN PALOP, Vicente. El Recurso Contencioso Administrativo de Lesividad. Editorial Civitas. España 2004.
8. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otros - de Derecho Administrativo.
9. GARRIDO FALLA, Hernando. Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Tecnos, 2001, tomo III.
10. GUAITA, Aurelio. El Proceso Administrativo de Lesividad, Ediciones Bosch, Barcelona España, 1998.

11. GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, t. III Buenos Aires, Ed. Machi 1996.
12. GRANJA GALINDO, Nicolás. Fundamentos de Derecho Administrativo. Talleres Gráficos de la UTPL. Año 2000.
13. JARAMILLO, Hernán, "Manual de Derecho ", Editorial de la Universidad Nacional de Loja, Loja- Ecuador, Año 2000.
14. JARAMILLO, Hernán, "La Justicia Administrativa", Editorial de la Universidad Nacional de Loja, Loja- Ecuador, Primera Edición, Año 2003.
15. LOPEZ, Nelson. "El Procedimiento Previo a la destitución de empleados públicos". Primera Edición. Quito- Ecuador. 2004
16. MORA, Guzmán Alfredo. Estudio Comparativo entre los Recurso Subjetivo, Objetivo y la Acción de Lesividad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Ecuador. Editorial Jurídica. Año 2011.
17. NEVADO, Pedro, "Notas sobre Derecho Administrativo", Editorial Arango, Tomo I y II, Salamanca- España, Año 2002.
18. PANTOJA BAUZÁ, Rolando. "El Derecho Administrativo, Clasicismo y Modernidad", Editorial Jurídica de Chile, Año 1994.
19. PEREZ CAMACHO, Efraín, "Derecho Administrativo" Tomo I y II, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito-Ecuador, año 2011.

20. PÉREZ TORRES, Eucebio. Revisión de Actos en Vía Administrativa: Nulidad de Pleno Derecho Declaración de Lesividad en Estudios sobre la Nueva Ley General Tributaria. Instituto de Estudios Fiscales. Año 2004.

21. TOSCANO SORIA LUIS, "Procedimientos administrativos y contenciosos en Materia Tributaria", Pudeleco Editora S.A., Quito-Ecuador, año 2004.

22. SABINO ALVAREZ, Gendín, "Tratado General de Derecho Administrativo, Editorial Urgel, Tomo I, II y III. Barcelona- España, Año 1973.

23. SECAIRA, Patricio, "Curso Breve de Derecho Administrativo", Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, Año 1994.

24. SAYAGUÉS LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Martín Vianchi Altuma, Montevideo- Uruguay. Año 1953.

25. VELÁZQUEZ, Ernesto, "La Nueva Justicia Administrativa", Editorial CLD, Quito-Ecuador, Año 1995.

26. ZAVALA EGAS, Jorge. El Estatuto de Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva en el Ordenamiento Jurídico. Quito Corporación Latinoamericana para el Desarrollo. Año 1995.

Constitución Política de la República.

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Código Civil

Código de Procedimiento Civil

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público

Legislaciones de las Funciones del Estado. Estatuto de la Función Ejecutiva.

ANEXOS

1. TEMA: “LESIVIDAD EN EL DERECHO PÚBLICO ECUATORIANO”

2. PROBLEMA:

2.1. Planteamiento del Problema

Según la Ley y la doctrina, la acción de lesividad se instituyó para aquellos casos en los cuales los actos de naturaleza lesiva para el interés público, al poder ser revocados por la propia administración, no sean excluidos del control de la legalidad. Por esta razón, es necesario analizar y proponer reformas a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la finalidad de que se eviten vacíos e incongruencias legales, permitiendo con ello, el ejercicio del control de la legalidad en materia contenciosa administrativa en el Ecuador, sobre la base del respeto a los derechos y garantías constitucionales. La lesividad es una institución jurídica, nueva, desconocida y que no tiene mayor aplicación en sede judicial.

2.2. Objetivos

Objetivo General

Analizar los beneficios y problemáticas jurídico-prácticas que implica la interposición de la acción de lesividad dentro del ámbito del Derecho Administrativo en las instituciones públicas, como una herramienta del control de la legalidad de los actos administrativos y en observancia de los derechos fundamentales de los administrados.

Objetivos Específicos

- Realizar una investigación documental mediante la recopilación de información y revisión de textos jurídicos, legislación nacional, instrumentos internacionales y doctrina que permitan sentar las bases teóricas como referente conceptual y técnico del presente análisis.
- Encontrar mecanismos para hacer de esta figura jurídica operativa en las instituciones del Estado.
- Propender una mejor administración pública, siempre velando y en pos del administrado; en definitiva de una mejor sociedad.
- Determinar y analizar los impactos que el presente trabajo genere, en el ámbito jurídico, mediante una investigación técnica y prospectiva.

2.3. Marco Teórico

El principio de autotutela, perteneciente al Derecho Administrativo, es aquel por el cual la administración pública está facultada para declarar y ejecutar su derecho sin necesidad de acudir ante la Función Judicial; sin embargo como excepción, se vislumbra la acción de Lesividad. En efecto, esta acción es la herramienta que poseen los órganos administrativos para, cuando consideran necesario revocar un acto administrativo dictado por ellos mismos.

No obstante, el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico da a la acción de lesividad no es uniforme. Por un lado, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa establece, lo antes mencionado, los órganos administrativos no tienen competencia para revocar, por razones de legalidad, actos administrativos favorables que han causado estado; y si lo hacen, necesariamente deben declarar que el acto en cuestión es lesivo al interés público y acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de lesividad. Esto se inmuta con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva aplicado, valga la redundancia para las instituciones de la Función Ejecutiva, con el cual conforme este último, los actos administrativos favorables, que han causado estado, pueden ser revocados directamente por la administración, por razones de legalidad, si tienen irregularidades que produzcan nulidad de pleno derecho; pero si las irregularidades son de aquellas que generan anulabilidad, es necesario recurrir a la acción de lesividad.

2.4. Hipótesis del Trabajo

El Análisis jurídico de la acción de Lesividad dentro del Derecho Público a través de la legislación interna, la jurisprudencia y el Derecho comparado permitirán comprobar si efectivamente, esta institución jurídica es aplicable para cumplir las pretensiones de la Administración: Revocación de actos en pro de los intereses legítimos de las instituciones públicas y los administrados.
