

La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados

*Juan Pablo Aguilar Andrade**

RESUMEN

La falta de una ley general de procedimientos administrativos ha hecho que, en el Ecuador, no exista una regulación clara sobre la forma de extinguir los actos administrativos. Ello ha generado prácticas administrativas que lindan con la arbitrariedad y no toman en cuenta los derechos generados en virtud de los actos de la administración. La reciente promulgación del Código Territorial soluciona en algo el problema, al establecer un procedimiento general para todos los gobiernos autónomos descentralizados. El presente texto analiza la forma en que el referido Código aborda el tema, forma que, si bien tiene sus particularidades, en general sigue el esquema del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, permitiendo con ello una necesaria uniformización de procedimientos.

PALABRAS CLAVE: Acto administrativo, recursos administrativos, revocatoria de actos, anulabilidad, declaratoria de nulidad.

SUMMARY

The lack of a general law of administrative procedures has provoked that Ecuador does not have a clear regulation of the proceedings that must be followed to extinguish administrative acts. This situation produces administrative practices that border arbitrariness, as they do not consider the different rights that are generated as consequence of an administrative act. The recent issuance of the Territorial Code partially solves the problem, establishing a general procedure to be followed by all the decentralized autonomous governments. This article analyzes the regulations contained in the above mentioned Code, concluding that although it has its own particularities, in general, it follows the same scheme as the Statute of the Juridical and Administrative Regime of the Executive Branch, allowing, therefore, the necessary harmonization of procedures.

KEY WORDS: Administrative act, administrative resources, revocation of acts annulment, declaration of nullity.

FORO

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador y del posgrado en Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito. Actualmente, y desde hace once años, trabaja como consultor privado en el campo de su especialidad.

INTRODUCCIÓN

El 19 de octubre de 2010 se promulgó, en el suplemento del Registro Oficial 303, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, que unifica en un solo cuerpo normativo la hasta entonces dispersa legislación sobre el funcionamiento de los gobiernos autónomos descentralizados.

Mérito indudable del nuevo Código es haber establecido, al fin, un procedimiento administrativo unificado para todos los entes que integran los referidos gobiernos autónomos. Se termina así con la dispersión, cuando no inexistencia de procedimientos, y se da un paso más hacia la creación de un procedimiento administrativo único, que facilite el funcionamiento de la Administración Pública y proteja adecuadamente los derechos de los administrados.

En las páginas siguientes se pretende analizar un tema de singular importancia, que se incluye entre las regulaciones procedimentales del COOTAD: la extinción de oficio de los actos administrativos.

Si bien nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia han avanzado notablemente en este campo, la falta de una legislación clara sobre la materia¹ ha hecho que en la práctica se enseñoree la arbitrariedad administrativa; por un lado, los funcionarios públicos se sienten habilitados para modificar y dejar sin efecto sus propios actos en cualquier momento y, por otro, las personas afectadas asumen que la autoridad, por ser tal, puede cambiar de opinión cuando a bien lo tenga, aunque ello signifique alterar derechos adquiridos al amparo de disposiciones de la propia Administración.

Esto reviste particular importancia en el ámbito de los gobiernos autónomos descentralizados, pues a ellos les corresponde resolver sobre temas tan delicados como el manejo de la propiedad, el desarrollo de actividades productivas o las relaciones vecinales.

FORMAS DE EXTINCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Los actos administrativos se expiden para surtir efectos en el tiempo y se extinguen, de manera regular, cuando los producen; cuando, en palabras de Stassinopoulos, se agota su contenido (Pérez Camacho, 2009: I, 488). Esto puede ocurrir, ya porque se cumpla aquello que ha sido ordenado (imposición de una multa, orden de derroca-

1. La única que existe al momento consta en un cuerpo normativo de rango inferior: el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Sobre el particular puede verse Zavala Egas (2007).

miento), ya porque se vence el plazo fijado o porque falla o se cumple la condición establecida (licencias por un período determinado o sujetas a que se haga o se deje de hacer algo). El primer inciso del art. 367 del COOTAD se refiere a esto último.

Hay también casos excepcionales en los que un hecho sobreviniente convierte en imposible el cumplimiento del acto, o en que este último puede extinguirse por voluntad de quien ha sido beneficiado con el mismo (piénsese en el caso de una licencia); nos encontramos, de ser así, frente al rechazo o la renuncia.

Pero los actos administrativos pueden extinguirse también de forma irregular, sin que se produzcan los efectos que motivaron su expedición. En este caso se habla de revocatoria del acto, que se produce por razones de conveniencia administrativa (oportunidad) o por la existencia de irregularidades invalidantes; en este último caso, la revocatoria puede dictarse en sede administrativa o a petición de parte.

No es necesario detenerse en las formas regulares de extinción de los actos administrativos. A continuación se hará referencia a la revocatoria, esto es, la forma irregular de extinción, en los casos en que esta es posible en sede administrativa. La revocatoria a petición de parte tiene que ver con los recursos administrativos que pueden presentarse para impugnar las actuaciones de la Administración, y no serán objeto de nuestro análisis.

Pero antes de revisar las posibilidades de revocatoria en sede administrativa es necesario partir de una característica de los actos administrativos que condiciona esas posibilidades: la estabilidad.

LA ESTABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Inicialmente, la revocabilidad era tenida como una característica del acto administrativo;² este último, se decía, es esencialmente revocable, porque así como la Administración podía dictar actos administrativos para el cumplimiento de sus fines de orden público, estaba facultada, con miras a esos fines, a reformarlos o extinguirlos.

La primera reacción contra esta idea del acto administrativo esencialmente revocable surgió con el desarrollo de la denominada “cosa juzgada administrativa”, en virtud de la cual se sostenía la imposibilidad de que la Administración, luego de pronunciarse sobre un tema, pueda modificar lo resuelto si el acto administrativo correspondiente ya causó estado.

2. “Es la revocabilidad una de las características del acto administrativo, que constituye un privilegio de la Administración”, dice González Pérez (1950: 151).

Evidentemente, la cosa juzgada administrativa no pretende equipararse a la judicial, pues la imposibilidad de revisar lo resuelto existe solo para la Administración; las instancias judiciales no pierden, de ningún modo, la facultad de conocer y, de ser el caso, dejar sin efecto los actos administrativos. Lo que se pretende, simplemente, es dejar en claro que la estabilidad, y no la revocabilidad, es la característica que debe considerarse como propia del acto administrativo.³

En el Ecuador, si bien la idea de la naturaleza revocable de los actos administrativos tuvo una importante difusión hasta hace no mucho, y sigue funcionando en la práctica, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sostenido la tesis de la estabilidad.

Ya en 1972, la Comisión de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social sostenía como un principio aplicado tanto en la esfera judicial como en la administrativa que “la misma autoridad u organismo que dictó la resolución no pueden revocarla”.⁴ En el mismo sentido se pronunció el antiguo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al sostener que “el órgano administrativo autor del acto, por regla general, no se halla autorizado a revocarlo, sobre todo cuando el acto revocatorio conlleva perjuicio o lesiona derechos de terceros”.⁵

Que los actos administrativos son estables e irrevocables lo sostiene también la doctrina (Jaramillo Ordóñez, 2005: 207), y autores como Granja Galindo (2002: 304) consideran esa estabilidad como “una de las principales garantías de orden jurídico que impiden la arbitrariedad”. Patricio Secaira, si bien sostiene “que de modo general todos los actos administrativos pueden ser sujetos de revocatoria”, deja en claro que ello solo es posible cuando lo permita la naturaleza de los actos y conforme lo establecido por ordenamiento jurídico (2004: 191-194), lo que a la larga lleva a la misma conclusión: solo son revocables los actos para los que una norma establezca esta posibilidad.

En el último tiempo, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado repetidas veces en el sentido de que el órgano administrativo autor de un acto no tiene competencia para extinguirlo;⁶ el mismo criterio fue sostenido por el extinto Tribunal Constitucional.⁷

-
3. Entre nosotros, el concepto de cosa juzgada administrativa ha sido analizado por Francisco Tinajero (1982).
 4. Resolución de la Comisión de apelaciones del IESS, 19 de julio de 1972, publicado en “Normas, Resoluciones y Jurisprudencia”, Boletín 11, julio a septiembre de 1973, p. 74. Citado por Tinajero (1982: 120).
 5. Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, número 10, Quito, 1991, pp. 146-147. Puede verse también la sentencia de la Primera Sala en el juicio 1207, Rafael Muñoz vs. Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, 24 de junio de 1983, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, número 6, Quito, 1985, pp. 93-94.
 6. Pueden verse las sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo publicadas en las gacetas judiciales serie XVII, No. 3, p. 894; serie XVII, No. 4, p. 1133; serie XVII, No. 5, p. 1484; serie XVII, No. 7, p. 2175; y serie XVII, No. 10, p. 3341.
 7. Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Resolución 0975-2007-RA, Registro Oficial, edición especial 50, 30 de abril de 2008.

El principal fundamento de la estabilidad de los actos administrativos se encuentra en el derecho a la seguridad jurídica, que se consagró por primera vez, de manera expresa, en el texto constitucional de 1998 (art. 23: 26), pasando luego al art. 82 de la Constitución vigente. Calificada por nuestra jurisprudencia como principio fundamental sobre el que descansa el estado social de derecho,⁸ “uno de los fines más altos del derecho”⁹ y garantía básica sobre la cual “se construye el sistema jurídico del país”,¹⁰ la seguridad jurídica es la que nos exige proteger los derechos reconocidos en virtud de actos administrativos, a fin de preservarlos de arbitrarios cambios de criterio de la Administración.

Inicialmente, la Corte Suprema de Justicia identificó el derecho a la seguridad jurídica con el sometimiento “al régimen legal vigente en el país”.¹¹ En una sentencia posterior la corte acogió el punto de vista de Alberto Wray y definió el alcance del derecho a la seguridad jurídica en los siguientes términos:

el concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscribiera cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica, lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas; de la existencia de normas que atenten directamente contra la seguridad jurídica y que nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica, ya que esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo.¹²

8. Tribunal Constitucional, Resolución 795-2002-RA, Registro Oficial 94, 2 de junio de 2003.

9. Primera Sala de lo Laboral y Social de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 13 de noviembre de 2001, Gaceta Judicial, serie XVII, número 7, p. 2052, cuarto considerando.

10. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 50-2002, 11 de marzo de 2002, Registro Oficial 575, 14 de mayo de 2002, décimo considerando.

11. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 50-2002, 11 de marzo de 2002, Registro Oficial 575, 14 de mayo de 2002, décimo considerando.

12. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de julio de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, número 11, p. 3428, quinto considerando.

Como puede verse, en este caso la Corte se ocupó de uno de los aspectos de la seguridad jurídica, aquel que debe tomarse en cuenta a la hora de ejercer potestades normativas y que tiene que ver con la claridad de las normas, su no retroactividad y la posibilidad de que, atendiendo a ellas, las personas puedan prever las consecuencias de sus actos. Es lo que sostuvo, también, el Tribunal Constitucional, al afirmar que la seguridad jurídica se relaciona con la confianza en que la normativa vigente será observada.¹³

En una sentencia más reciente la Corte ha ampliado este enfoque al considerar que la previsibilidad, como parte de la seguridad jurídica, tiene que ver no solo con las características de las normas sino también con la actuación de los órganos administrativos, en la que debe primar la certidumbre y no la arbitrariedad.

la seguridad jurídica ... se refiere principalmente a la factibilidad de anticipar cuál será el comportamiento de las autoridades públicas en relación con el ordenamiento jurídico y la aplicación que de sus normas realicen, la que, atendiendo al principio, debería ser de completa certidumbre; lo mismo cabe decir para las expedición de una norma: ella deberá ajustarse a las disposiciones de la Carta Política, en cumplimiento del principio de supremacía constitucional, el cual finalmente otorga coherencia al ordenamiento jurídico de un Estado. Si en el ejercicio de las facultades otorgadas por ese ordenamiento las autoridades cambian de parecer arbitrariamente, sea porque no aplican las mismas reglas para todos los casos, o porque sus resoluciones no guardan coherencia con la Constitución, no habrá seguridad jurídica ni Estado de derecho ...¹⁴

El derecho a la seguridad jurídica tiene un doble contenido: el primero es aquel que se resalta en los textos jurisprudenciales que se han citado y que tiene relación y da contenido al principio de legalidad; el segundo tiene que ver con aquello que Moderne (2005: 225) llama “estabilidad razonable de las situaciones jurídicas” y que fue resaltado también en su momento por el Tribunal Constitucional ecuatoriano, que identificó a la seguridad jurídica con la estabilidad de las instituciones.¹⁵

En su relación con la seguridad jurídica, el principio de legalidad implica una calidad determinada de las normas (claridad y no retroactividad, por ejemplo) y el sometimiento de la Administración a las reglas prefijadas, como garantía de previsibilidad. La estabilidad de las situaciones jurídicas es aquello que insinúa la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema cuando habla de posibilidad de anticipar el comportamiento de las autoridades públicas, aunque ligándolo nuevamente al principio de legalidad (guardar coherencia con la Constitución).

13. Tribunal Constitucional, Resolución 795-2002-RA, Registro Oficial 94, 2 de junio de 2003.

14. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 23 de enero de 2007, Gaceta Judicial, serie XVIII, No. 3, p. 817, segundo considerando.

15. Tribunal Constitucional, Resolución 002-2003-TC, Registro Oficial 102, 12 de junio de 2003.

Cuando la Constitución vigente desarrolla el contenido del derecho a la seguridad jurídica se refiere al primero de los aspectos mencionados que, como se ha visto, es también el resaltado por nuestra jurisprudencia.

Del art. 82 de la Constitución, sin embargo, no puede concluirse que ese aspecto agote la seguridad jurídica; esta última, dice ese artículo, se fundamenta en “normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”, pero a partir de ese fundamento se pueden extraer consecuencias para la actuación administrativa, consecuencias que se vinculan con los principios de buena fe y de confianza legítima.

Eso es precisamente lo que hace la Ley española que regula el procedimiento administrativo, como lo explica su exposición de motivos:

En primer lugar, en el Título preliminar se introducen dos principios de actuación de las Administraciones públicas, derivados del de seguridad jurídica. Por una parte, el principio de buena fe, aplicado por la jurisprudencia contencioso-administrativa incluso antes de su recepción por el Título Preliminar del Código Civil. Por otra, el principio, bien conocido en el derecho procedimental administrativo europeo y también recogido por la jurisprudencia contencioso-administrativa, de la confianza legítima de los ciudadanos en que la actuación de las Administraciones públicas no puede ser alterada arbitrariamente.¹⁶

No es este el lugar para discutir si existe o no identidad entre la buena fe y la confianza legítima;¹⁷ lo que interesa es mostrar que, siendo una y otra consecuencia de la seguridad jurídica, imponen a partir de esta última un comportamiento determinado a la Administración en relación con los actos jurídicos que produce. En palabras de Zavala Egas (1999, I: 159), la seguridad jurídica implica que los actos administrativos no pueden “ser revocados o extinguidos solo porque hubo un cambio de criterio jurídico en la Administración”.

Hay que tomar en cuenta, además, que los principios de buena fe y confianza legítima están expresamente reconocidos en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados por el art. 382 del COOTAD.

En consecuencia, la consagración constitucional del derecho a la seguridad jurídica convierte a la estabilidad en característica de los actos administrativos y, en esa medida, las decisiones adoptadas por la Administración se convierten en vinculantes para ella y no pueden ser modificadas sino en las condiciones establecidas por la ley.

16. Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Puede consultarse en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/14-1999.html].

17. Al respecto puede verse González Pérez (1999: 52-55).

En el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, esto se ve reforzado por el reconocimiento legislativo de los principios de buena fe y confianza legítima, como propios de la actuación de esos entes administrativos.

De lo que se trata, entonces, es de establecer cuáles son las condiciones en virtud de las cuales puede extinguirse un acto administrativo, condiciones que deben entenderse como excepciones al principio general de estabilidad de este último.

REVOCATORIA DE ACTOS QUE NO GENERAN DERECHOS

Si el fundamento de la estabilidad de los actos administrativos es la seguridad jurídica, esto es, la certeza de que la Administración se considera vinculada por sus propias actuaciones y no las modificará ni dejará sin efecto arbitrariamente, parece claro que nos encontramos frente a una característica propia de los actos que generan derechos.

En efecto, cuando un acto administrativo no afecta los derechos de las personas, es indiferente para estas lo que la Administración pueda hacer con el mismo. En otras palabras, en este caso no entra en juego el derecho a la seguridad jurídica.

Podemos pensar, por ejemplo, en los actos que producen efectos a lo interno de la Administración y no la vinculan con terceros. Esto ocurre en la fase preparatoria de los procedimientos precontractuales, en la que se expiden una serie de actos administrativos previos a la convocatoria que interesan únicamente a la Administración y que, por ende, pueden ser revocados por esta en cualquier momento, sin que ello afecte los derechos de ninguna persona.

REVOCATORIA DE ACTOS DE GRAVAMEN

Son actos de gravamen aquellos que imponen cargas a las personas (la expropiación, la sanción administrativa). Tampoco en este caso la extinción del acto afecta los derechos del involucrado sino, más bien, constituye una ventaja para él en la medida en que le libera de una obligación.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, siguiendo a la legislación española,¹⁸ establece un

18. El segundo libro del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva reproduce, con las lógicas adaptaciones, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, disponible en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t7.html#a105]. El art. 170 del Estatuto corresponde al 105 de la Ley española. Sobre el contenido de esta norma puede verse García de Enterría y Fernández (2001, I: 652).

tratamiento diferenciado para la revocatoria de los actos de gravamen. Estos últimos, dice el número 1 del art. 170, pueden ser revocados en cualquier momento por la propia Administración, “siempre que tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”.

Se trata, como puede verse, de garantizar que la revocatoria responda a razones de orden público y no al simple afán de favorecer al afectado, incluso desatendiendo el interés colectivo, violentando disposiciones legales o concediendo tratamientos preferenciales.

En el caso del COOTAD, sin embargo, no se hace distinción alguna en relación con el contenido de los actos administrativos, por lo que debemos entender que las normas sobre la revocatoria de estos últimos son las mismas, tanto si el acto es de favorable como si es de gravamen.

En consecuencia, las reglas que se verán enseguida en relación con las revocatorias por razones de oportunidad y de legalidad son aplicables también a la extinción de los actos de gravamen.

En todo caso, parece claro que la revocatoria debe fundamentarse en razones de orden público y no buscar simplemente la satisfacción de intereses privados. Ello se desprende de la aplicación de los principios constitucionales de igualdad (art. 11: 2) y legalidad (art. 226), así como del mandato de anteponer el interés general al particular (art. 83: 7) y la caracterización de la Administración Pública como un servicio a la colectividad.

La necesidad de que la revocatoria no perjudique a terceros es también una exigencia que debe tomarse en cuenta en estos casos, y que destaca Martín Mateo (2002: 345).

REVOCATORIA POR RAZONES DE OPORTUNIDAD

¿Es posible que la Administración revoque actos administrativos regulares, esto es, dictados con apego al ordenamiento jurídico vigente y sin causas de invalidez que puedan anularlos?¹⁹ La respuesta lógica, si atendemos a la anotada característica de estabilidad de los actos administrativo, debería ser la negativa.

Puede ocurrir, sin embargo, que mantener las situaciones surgidas de un acto administrativo resulte, en un momento determinado, contrario al interés colectivo,

19. La jurisprudencia ecuatoriana considera como actos regulares aquellos que reúnen las condiciones esenciales de validez (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de noviembre de 2007, Gaceta Judicial, serie XVIII, No. 5, p. 2061, tercer considerando).

por haberse modificado las condiciones que se tomaron en cuenta al momento de expedir el acto. Es plenamente posible, ante esto, que se confiera a la Administración la facultad de revocar actos administrativos cuando existan razones de orden público que lo justifiquen.

Se habla, en este caso, de la existencia de razones de oportunidad que autorizan la revocatoria de un acto administrativo.

Debe tomarse en cuenta, sin embargo, que la existencia razones de orden público no puede convertirse en una autorización para afectar los derechos de los beneficiarios del acto administrativo, sin que exista una adecuada compensación.

La doctrina ha hecho notar que la primacía del interés público frente al privado, que se expresa en la revocatoria por razones de oportunidad, establece claros vínculos entre esta última y la expropiación (Cassagne, 2006, II: 390); García de Enterría y Fernández (2001, I: 658), refiriéndose a la legislación española, hablan de la revocatoria por razones de oportunidad como “una operación materialmente expropiatoria”.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, la revocatoria de los actos administrativos por razones de oportunidad se sustenta en el principio, constitucionalmente reconocido, de prevalencia del interés público;²⁰ como contrapeso, la Constitución establece la necesidad de compensar adecuadamente a los particulares por el perjuicio que reciban como resultado de los actos de la Administración o de sus agentes, o del sacrificio de su interés particular en aras del interés colectivo.²¹

Los arts. 368 y 369 del COOTAD, que copian los arts. 91 y 92 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, aplican estos principios y, al tiempo que establecen la posibilidad de que la Administración revoque o reforme sus propios actos por razones de oportunidad, establecen la obligación de reconocer, previamente, la indemnización que corresponda por el daño causado al administrado.

La declaratoria se justifica, dice el art. 368, ante la existencia de razones de orden público. Se trata, por lo tanto, no un mero cambio de parecer o de un capricho de la Administración, sino de motivos suficientemente claros y fundamentados que impidan mantener la vigencia del acto original, so pena de afectar a la colectividad. Evidentemente, al motivar la revocatoria no será suficiente la mera referencia a que existen razones de orden público; esas razones deben exponerse y detallarse.

Como se dijo, la revocatoria por razones de oportunidad procede en el caso de actos administrativos regulares que, como tales, produjeron efectos legítimos mientras estuvieron vigentes; desconocer estos efectos implicaría una grave afectación a la buena fe y a la seguridad jurídica. Por eso, el artículo que se ha citado dispone la

20. Véanse, por ejemplo, los arts. 17: 1, 28, 83: 7, 85: 2 y 323.

21. Véanse, por ejemplo, los incisos finales del art. 11 y 323.

no retroactividad del acto administrativo de revocatoria; este último, en consecuencia, produce efectos ex nunc, sin que las situaciones generadas mientras el acto revocado estuvo en vigencia sufran modificación alguna.

En el art. 369 del COOTAD se establecen las condiciones para el pago de la indemnización, pago que debe hacerse antes de resolver la extinción del acto y luego de un procedimiento sumario instaurado de oficio o a petición de parte. El inciso final del artículo citado aclara que la indemnización no debe pagarse cuando los derechos que emanen del acto revocado hayan sido conferidos a título precario o cuando la afectación se refiere a derechos reflejos o intereses legítimos.

No requiere mayor análisis el mandato sobre los derechos conferidos a título precario, pues lo que en él consta resulta evidente y, por ello, hasta puede ser innecesario. En efecto, es claro que si desde un inicio se estableció que el acto administrativo concedía derechos con carácter precario, esto es, que podían ser dejados sin efecto en cualquier momento, no cabe reclamar una indemnización cuando se cumple lo que ya habían previsto las reglas de juego. Vale la pena, sin embargo, mencionar el caso de los derechos reflejos o intereses legítimos, que la doctrina contrapone a los derechos subjetivos.

Un derecho subjetivo, dice Gordillo (X-38), “es una protección que el orden jurídico otorga en forma exclusiva a un individuo determinado”, mientras que el derecho reflejo o interés legítimo es “una protección algo más debilitada ..., otorgada por el orden jurídico generalmente a un conjunto determinado de individuos”. Cassagne (2006, II: 371) define al interés legítimo como aquel que “ofrece al particular una garantía de legalidad, lo que importa una utilidad instrumental, donde a través de la observancia de la legalidad puede el particular obtener la tutela indirecta del propio derechos sustancial” o subjetivo.

Entre nosotros, la noción de interés legítimo ha sido desarrollada por Zavala Egas (2005, I: 121-127), quien expone un ejemplo que permite entender con claridad este concepto.

Cuando se tiene la titularidad de un derecho subjetivo –dice– la Administración está obligada a dar, hacer o no hacer alguna cosa a favor del titular del mismo, sin que se dependa para este resultado del ejercicio de su poder; el interés legítimo, en cambio, depende del ejercicio del poder de la Administración, esto es, cuando éste se ejercita sin que constituya una correlativa obligación, así calificada por el ordenamiento jurídico, a un derecho subjetivo de su titular. Por ejemplo, si la Administración puede, legalmente, decidir si en una extensión de terreno construye un mercado o una escuela, su poder puede ejercerse para la realización del uno o de la otra. Los vecinos pueden estar interesados en lo primero porque los favorece o, en lo segundo, porque la primera opción los perjudica más que la segunda; pero ninguno tiene derecho subjetivo, reconocido por norma jurídica alguna, para exigir que la Administración construya mercado o escuela y, en función de su inte-

rés, solo podrán exigir la conservación de su situación jurídica, si aquella ejerce su poder en forma ilegítima, recurriendo contra el acto administrativo como titulares de un interés legítimo (Zavala Egas, 2005, I: 125).

La noción de derechos reflejos o intereses legítimos fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo, del que la ha tomado el COOTAD. Se trata, como puede verse, de excluir del ámbito de los derechos protegidos en el caso de una revocatoria por razones de oportunidad, a los que conforme la doctrina a la que se ha hecho referencia no pueden considerarse como derechos de una persona determinada.

No es del caso entrar en el debate sobre la existencia o no de los pretendidos derechos reflejos o intereses legítimos. Conviene sin embargo hacer notar que autores como Juan Carlos Benalcázar (s.f. nota 2) critican el concepto por poco claro y merecedor de una serie de objeciones que han superado todos los intentos de explicarlo. Se trata, dice, de una figura artificiosa que surge de una “concepción estrecha e inadecuada del derecho subjetivo”, pues “habrá un derecho siempre que la justicia obligue a adecuar el comportamiento propio a los estatutos jurídicos del otro, a sus títulos y dignidad”, con lo que la idea de derechos reflejos “desaparece como ya lo está advirtiendo un gran sector de la doctrina”.

Habría que tomar en cuenta, sobre todo, que la exclusión que comentamos contradice el principio de responsabilidad que establecen los incisos finales del art. 11 de la Constitución de la República, principio que habla en general de derechos sin establecer distinciones entre ellos.

De todos modos, de lo que se trata es de dejar en claro que la indemnización solo corresponde cuando el afectado por la revocatoria puede justificar la existencia de un daño concreto que disminuya su patrimonio.

Cassagne, refiriéndose a la legislación argentina,²² señala la necesidad de establecer en qué momento debe pagarse la indemnización y qué debe comprender esta. Como se ha visto, el primer tema es abordado por el art. 369 del COOTAD, que dispone que el pago se haga antes de resolver la revocatoria; nada se dice sobre el otro asunto, pero parece adecuada la respuesta del autor citado, quien aplica las reglas que rigen en materia de expropiación y considera que “debería indemnizarse el valor objetivo del bien (lo que comprende toda clase de derechos objeto de sacrificio patri-

22. El art. 18 de la Ley 19.549, de procedimiento administrativo, solo establece el principio general: “También podrá ser revocado, modificado o sustituido [el acto administrativo regular] por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios”. Esta Ley puede consultarse en [www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/LEY/LEY19549.htm].

monial) y los daños que sean una consecuencia directa e inmediata (con exclusión del lucro cesante eventual o relativo a otros daños)” (Cassagne, 2006, II: 390-391).

Finalmente, y aplicando el mandato del art. 173 de la Constitución, el segundo inciso del art. 369 del COOTAD se refiere a la impugnabilidad de la revocatoria, y dispone que la resolución de extinguir el acto administrativo surta efecto aun cuando se plantee una acción judicial en su contra.

REVOCATORIA POR RAZONES DE LEGITIMIDAD²³

LA NULIDAD Y LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

La revocatoria por razones de legitimidad parte de la existencia de irregularidades o vicios que afecten la validez del acto administrativo; cuando esas irregularidades o vicios no pudieren ser convalidadas o subsanadas, dice el primer inciso del art. 370 del COOTAD, el acto debe extinguirse. Nos encontramos, en este caso, ante el problema de la nulidad de los actos administrativos.

Conforme el art. 1697 del Código Civil, son nulos los actos jurídicos que carecen de alguno de los requisitos que la ley prescribe para que tengan valor, “según su especie y en atención a la calidad o estado de las partes”. Las nulidades, dice el mismo Código, son absolutas y relativas. Las primeras, conforme el art. 1698 y tal como lo explica nuestra jurisprudencia, se producen cuando existe “objeto ilícito; causa ilícita; falta de objeto; falta de causa; falta de formalidades legales, siempre que consten como requisitos necesarios e imprescindibles; incapacidad absoluta de uno de los intervinientes, y, violación de prohibiciones legales para su otorgamiento o celebración”.²⁴ Cualquier otro vicio, conforme la norma citada, produce nulidad relativa.

La nulidad absoluta implica una irregularidad de tal magnitud que afecta no solo a las partes contratantes, sino al orden público; se trata, en palabras de Claro Solar (1992, VI, XII: 601), de “un vicio tal y de tanta gravedad”, que compromete “la moralidad y el prestigio mismo de la ley”. Por eso el art. 1699 del Código Civil establece la posibilidad de que la nulidad absoluta sea alegada no solo por las partes contratantes, sino por todo el que tenga interés en hacerlo y por el ministerio público “en interés de la moral o de la ley”; incluso se llega a establecer una salvedad al princi-

23. No entramos aquí en la distinción que suele hacerse entre revocación (por el mismo órgano que dictó el acto) y anulación (por un órgano distinto).

24. Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 1 de octubre de 1999, Gaceta Judicial, serie XVII, número 2, p. 391, tercer considerando.

pio dispositivo²⁵ para permitir que el juez pueda declarar la nulidad aún sin petición de parte, cuando aparece de manifiesto en el contrato. Como lógica consecuencia del interés público involucrado, el art. 1699 impide que un acto nulo pueda sanearse por la ratificación de las partes, o por el paso del tiempo si no han transcurrido más de quince años.

A diferencia de la nulidad absoluta, la relativa, a la que se refiere el art. 1700 del Código Civil, interesa únicamente a determinadas personas: aquellas que tienen interés directo en el acto; en consecuencia, solo podrá ser declarada por el juez a pedido de ellas. Existe, así mismo, la posibilidad de sanear el acto por la ratificación de las partes o por el transcurso de al menos cuatro años.

El Derecho Administrativo recoge del Civil la distinción entre nulidad absoluta y relativa cuando establece la existencia de causales de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad, y da a cada una las mismas características que se han anotado en los párrafos anteriores (García de Enterría y Fernández, 2001, I: 611 y 632). Nuestra jurisprudencia sostiene expresamente esto cuando establece que en el ámbito administrativo “se prevé dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical) ...; y, la anulabilidad (o nulidad relativa)”.²⁶

Hay que tomar en cuenta, sin embargo, como hace notar Cassagne (2006, II: 249-250), que mientras en el Derecho privado resulta clara la distinción entre motivos de orden público (nulidad absoluta) e irregularidades que se circunscriben al interés privado (nulidad relativa), en el ámbito del Derecho Administrativo “el interés general se encuentra presente en todos los supuestos de invalidez”. Lo que ocurre, dice el autor citado, es que ese interés general es indisponible “cuando se halla en juego el orden público administrativo”, al que identifica como “un tipo de interés general más intenso, jurídicamente protegido con un grado mayor que el principio de conservación”.

El COOTAD mantiene, tomándola del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva,²⁷ la distinción entre nulidad de pleno derecho y anu-

25. En virtud del principio dispositivo, “la iniciativa del proceso corresponde a las partes y de ninguna manera al órgano jurisdiccional” (Troya Cevallos, 1976, I: 136).

26. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 29 de noviembre de 2007, Gaceta Judicial, serie XVIII, No. 5, p. 2061, tercer considerando.

27. El texto original del Estatuto (suplemento del Registro Oficial 411 de 31 de marzo de 1994) contenía la distinción entre actos nulos de pleno derecho y actos anulables en sus arts. 94 y 95. En 2002, cuando se promulgó como libro II del Estatuto el Procedimiento Administrativo Común de la Función Ejecutiva (Registro Oficial 733 de 27 de diciembre de 2002), se establecieron nuevas reglas sobre nulidad de pleno derecho y anulabilidad en los arts. 129 y 130, pero no se derogaron expresamente los citados arts. 94 y 95. Los arts. del COOTAD que regulan el tema se han redactado tomando textos, tanto de los originales art. 94 y 95, como de los arts. 129 y 130 vigentes a partir de 2002. Estos dos últimos arts. fueron copiados, con ligeras modificaciones, de los arts. 62 y 63 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento

labilidad, a la que suma una tercera categoría: la de las irregularidades no invalidantes, esto es, los defectos de forma que no producen anulabilidad. El art. 372 del COOTAD considera como irregularidad no invalidante la omisión de requisitos, siempre que no se trate de aquellos indispensables para que el acto alcance su fin o que la omisión deje en indefensión al interesado.

La declaratoria de nulidad de un acto administrativo tiene efectos *ex tunc*, pues no puede admitirse que aquello que no tiene valor pueda producir efectos jurídicos. Que la nulidad vuelve las cosas al estado que hubieran tenido de no mediar el acto nulo, es un principio del Derecho que el COOTAD recoge cuando dispone, en el segundo inciso de su art. 370, que la revocatoria de un acto administrativo por razones de legitimidad, tiene efectos retroactivos.

No se hace otra cosa, en este punto, que recoger el principio general que el art. 1704 del Código Civil establece en materia de nulidad: la “nulidad pronunciada en sentencia que tiene fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que si bien los efectos de la nulidad se proyectan hacia el pasado, en los hechos ocurre que los actos nulos producen efectos que no admiten retroceso. Estos efectos, dice Sayagués (1986, I: 522), deben tomarse en cuenta para determinar el alcance de la extinción del acto.

Íntima relación con el tema de la nulidad de los actos jurídicos tiene el concepto de inexistencia.

En el ámbito del Derecho Civil, autores como Claro Solar (1992, VI, XII: 587-590) sostienen la necesidad de distinguir entre los actos nulos y los actos inexistentes. Esto porque del mandato del art. 1697 del Código Civil, en virtud del cual es nulo todo acto “a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes”, se desprendería que si lo que falta es uno de los requisitos esenciales para el perfeccionamiento jurídico del acto, no puede hablarse de nulidad sino de inexistencia:

el Código ha sabido distinguir la inexistencia del acto o contrato, por la falta de algún requisito exigido por la ley para su perfeccionamiento, de la nulidad del acto o contrato por la falta de algún requisito prescrito por la ley para el valor del mismo acto o contrato; y por eso al referirse a los requisitos necesarios para el valor del acto o contrato da por establecido que el acto o contrato existe (Claro Solar, 1992, VI, XII: 588).

Administrativo Común, ley que puede consultarse en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l30-1992.t10.html#balloon1].

Este es también el punto de vista de nuestra jurisprudencia. Hay que distinguir, dice una sentencia de la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, tres grados de ineficacia de los actos jurídicos: la máxima o inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa;²⁸ la falta de consentimiento, dice otra sentencia, torna indiscutible que el contrato no existe.²⁹

En el Ecuador, en el ámbito del Derecho Administrativo, la teoría de la inexistencia ha sido recogida por Jaramillo Alvarado (1953: 276) y por Granja Galindo (2002: 312) y ha sido aplicada por la Procuraduría General del Estado, según la cual la validez de los actos depende de que reúnan los requisitos que la ley prevé para cada caso; todo lo que se ejecute al margen de la ley “constituye lo que el derecho administrativo singulariza como ‘Acto Inexistente’, el mismo que por su naturaleza no genera obligación ni efecto jurídico alguno”.³⁰

Salta a la vista que, cuando se trata de actos administrativos, la teoría del acto inexistente debe enfrentarse a las dificultades que surgen de la presunción de legitimidad, que para el caso del COOTAD está consagrada en su art. 366. En efecto, si fuera posible sostener la inexistencia de un acto, los obligados a cumplirlo podrían eludir su obligación argumentando una violación legal, pero esto significaría destruir la presunción de legitimidad.

No se trata, en consecuencia, de un problema secundario, pues como se ha visto sería posible eximirse de cumplir un acto administrativo si se alega su inexistencia (volviendo con ello inútil la presunción de legitimidad), mientras que un acto que existe, aunque sea irregular, debe cumplirse hasta que se declare la nulidad.³¹ A diferencia del acto inexistente, que simplemente no existe, el acto nulo requiere un procedimiento previo para ser expulsado del ordenamiento.

Incluso autores como García de Enterría y Fernández, que aceptan la teoría de la inexistencia, la consideran limitada por las particularidades del Derecho Administrativo,³² que reducen “la categoría del acto inexistente refiriéndola exclusivamente a aquellos actos que no solo carecen de toda apariencia de legitimidad, sino que son por sí mismos insusceptibles de producir cualquier clase de efecto” (2001, I: 610).

-
28. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 16 de mayo de 2001, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 6, página 1527, noveno considerando.
29. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de junio de 1974, Gaceta Judicial, serie XII, No. 6, p. 1240, cuarto considerando.
30. Oficio 15846 de 5 de abril de 2005, publicado en el Registro Oficial 32, 6 de junio de 2005.
31. Sobre la nulidad y la presunción de legitimidad, ver más adelante el apartado sobre la nulidad de pleno derecho.
32. Sobre las dificultades para definir la categoría de inexistencia, a partir de la jurisprudencia francesa, puede verse Long (2000: 416-421).

En el caso del COOTAD, la posibilidad de aceptar la teoría de la inexistencia se ve limitada por el hecho de que la letra c) del art. 372 considera como nulos a los actos de contenido imposible, que son un ejemplo clásico de acto inexistente si atendemos a lo que sostienen García de Enterría y Fernández, “ya que, normalmente la imposibilidad de contenido se traduce en imposibilidad de cumplimiento y, por tanto, en imposibilidad de producir efecto alguno” (2001, I: 617).

De todos modos, de aceptarse que existen casos en que no debe hablarse de actos nulos sino de actos inexistentes, hay que admitir que se trataría de casos absolutamente excepcionales e, incluso, improbables, en los que no quepa duda sobre la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad; piénsese, por ejemplo, en la resolución de expropiar inmuebles que se encuentran fuera de su territorio, adoptada por un Concejo Municipal.

LAS IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES

El inciso final del art. 372 del COOTAD establece que el defecto de forma no produce anulabilidad del acto administrativo, salvo que se trate de requisitos formales indispensables para que el acto alcance su fin o que den lugar a la indefensión de los interesados.

El cumplimiento de formalidades no es un fin en sí, sino un medio para alcanzar los fines del ordenamiento jurídico; por eso, el art. 169 de la Constitución dispone que no se sacrifique la justicia por la mera omisión de formalidades.

Si bien este último se considera como un principio de la Administración de Justicia tanto en el anterior texto constitucional como en el vigente, nuestra jurisprudencia lo ha extendido a otros ámbitos.³³ Y es correcto que así sea, pues no es dable que se imponga una ciega aplicación de formalismos, sin tomar en cuenta si con ello se sacrifican los derechos de las personas o las finalidades de orden público que tiene a su cargo la Administración. En este sentido, es perfectamente aplicable a los procedimientos administrativos lo que nuestra jurisprudencia afirma en el caso del procedimiento judicial: la vigilancia del cumplimiento de las formalidades “no puede volverse tediosa o inútil, al extremo de que el rigorismo o el formulismo procesal, sean la primera pauta de procedimiento. No puede confundirse la justicia, con el legalismo, cuya rigidez resulta proclive a la injusticia”.³⁴

33. Puede verse, por ejemplo, la Resolución 020-99-RA-III.S, de la Tercera Sala del Tribunal Constitucional, de 25 de enero de 1999.

34. Corte Suprema de Justicia, sentencia de 14 de enero de 1981, Gaceta Judicial, serie XIII, No. 10, p. 2294, primer considerando.

El incumplimiento de formalidades afecta la validez de un acto administrativo solo cuando ellas resultan indispensables para la adecuada formación de la voluntad administrativa, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los procedimientos de selección necesarios para que los entes administrativos adjudiquen un contrato; o cuando de la omisión de una formalidad pueden derivarse afectaciones a los derechos de los administrados.

El vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental –dicen García de Enterría y Fernández (2001, I: 636)–, solo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado o de la propia administración.

Es necesario, conforme lo dicho, que la omisión de formalidades dé como resultado una resolución que, de habérselos cumplido, hubiera sido distinta. Esto debe apreciarse, no en relación con cada formalidad aisladamente, sino tomando en cuenta el conjunto del procedimiento.

Si pensamos en el derecho a la defensa, por ejemplo, no basta con que se haya omitido una formalidad que hubiera permitido al interesado exponer sus argumentos, pues bien puede ser que estos últimos se hayan presentado en otra parte del procedimiento, sin que la formalidad omitida permitiera agregar nada. El Tribunal Supremo español lo explica muy bien en una sentencia de unificación de doctrina:

si es esencial el trámite de audiencia, es porque su falta podría determinar que se produjese la efectiva indefensión del afectado. Ahora bien, esa indefensión no equivale a la propia falta del trámite, sino que ha de ser real y efectiva, esto es, para que exista indefensión determinante de la anulabilidad del acto es preciso que el afectado se haya visto imposibilitado de aducir en apoyo de sus intereses cuantas razones de hecho y de derecho pueda considerar pertinentes para ello. Así pues, según hemos dicho reiteradamente y como señala la sentencia impugnada, no se produce dicha indefensión material y efectiva cuando, pese a la falta del trámite de audiencia previo a la adopción de un acto administrativo, el interesado ha podido alegar y aportar cuanto ha estimado oportuno. Tal oportunidad de defensa se ha podido producir en el propio procedimiento administrativo que condujo al acto, pese a la ausencia formal de un trámite de audiencia convocado como tal por la Administración; asimismo, el afectado puede contar con la ocasión de ejercer la defensa de sus intereses cuando existe un recurso administrativo posterior; y en último término, esta posibilidad de plena alegación de hechos y de razones jurídicas y consiguiente evitación de la indefensión se puede dar ya ante la jurisdicción contencioso administrativa ... Lo anterior tampoco supone que la simple existencia de recurso administrativo o jurisdiccional posterior subsane de manera automática la falta de audiencia anterior al acto administrativo, puesto que las circunstancias específicas de cada caso pueden determinar que estos recursos no hayan posibilitado, por la razón que sea, dicha defensa

eficaz de los intereses del ciudadano afectado, lo que habría de determinar en última instancia la nulidad de aquél acto por haberse producido una indefensión real y efectiva determinante de nulidad ...³⁵

En otra sentencia, el mismo Tribunal se refiere a los defectos en la notificación y establece que estos no producen invalidez si no generan indefensión.³⁶

Se trata, entonces, no solo de una formalidad que ha sido dejada de lado, sino del hecho de que esa formalidad haya afectado, efectivamente, los derechos del interesado.

El incumplimiento de los plazos establecidos para un procedimiento es un caso claro de omisión formal, al que deben aplicarse los criterios anteriores. El número 3 del art. 130 del Estatuto Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva contiene una referencia expresa a este tema, cuando dispone que las actuaciones administrativas realizadas fuera de tiempo producen anulabilidad solo “cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho”.

No hay en el COOTAD una norma equivalente, pero parece claro que el principio general sobre la omisión de formalidades puede aplicarse también en materia de plazos, pues si estos últimos no son de tal naturaleza que puedan afectar la formación de la voluntad administrativa o los derechos de los administrados, su incumplimiento no debe verse como motivo de invalidez del acto.³⁷

Esta afectación se produce, por ejemplo, cuando el plazo se ha fijado para establecer el período dentro del cual la administración puede pronunciarse sobre un determinado tema; si lo hace fuera de ese plazo, resulta evidente que su pronunciamiento carecerá de valor. Pensemos, por ejemplo, en los plazos que se establecen para el ejercicio de la potestad sancionadora, a los cuales se refiere un claro antecedente jurisprudencial.

35. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de unificación de doctrina de 11 de julio de 2003, ponente Eduardo Espín Templado, segundo considerando. Puede consultarse en [www.poderjudicial.es/searchdoAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=3137700&links=falta%20de%20audiencia&optimize=20030923].

36. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 17 de junio de 2010, ponente José Antonio Montero Fernández, quinto considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5671785&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100721>].

37. Puede verse, en jurisprudencia española, la sentencia de 29 de abril de 2010 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, magistrado ponente José Antonio Montero Fernández, tercer considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&datasematch=TS&reference=5601943&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100527>].

Cierto es que el art. 192 de la Constitución Política del Estado establece, refiriéndose al sistema procesal, que no se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades;³⁸ mas ocurre que el lapso durante el cual una autoridad puede ejercer su acción sancionadora no es una simple formalidad sino una condición indispensable, exigida por la seguridad jurídica, que mira a la capacidad de ejercicio de la atribución de la autoridad y que, por lo mismo, se enmarca dentro de las limitaciones que a su conclusión se establece, mediante la caducidad, conforme unánimemente acepta la doctrina administrativa ... Concluido el término para el ejercicio de la potestad sancionadora, la autoridad pierde toda facultad para ello y, en consecuencia, esa carencia jamás puede ser considerada, cualesquiera que fuere los efectos de la misma, como una simple formalidad ya que mira sustancialmente al orden público.³⁹

Como bien anota Blanquer (2006, II: 260), no se trata de que la omisión de formalidades como las que se han anotado carezca por completo de importancia. Todo lo contrario, las deficiencias procedimentales pueden acarrear tanto la responsabilidad de la Administración como la de sus funcionarios, sin que ello afecte la validez del acto administrativo de que se trate.

LA NULIDAD DE PLENO DERECHO

La especial gravedad de los vicios de un acto administrativo da origen a la nulidad de pleno derecho, nulidad que por eso mismo no puede convalidarse en ningún caso, tal como lo manda el art. 371 del COOTAD.

Autores como Cassagne (2006, II: 253) consideran que la “nulidad absoluta y manifiesta” hacen que el acto carezca de presunción de legitimidad; entre nosotros Benalcázar (2005: 68 y 70) y Granja Galindo (2002: 303-304) sostienen que la nulidad de pleno derecho convierte al acto en ineficaz, sin que sea aplicable la presunción de legitimidad. En Costa Rica, el art. 169 de la Ley General de la Administración Pública establece que “no se presumirá legítimo el acto absolutamente nulo, ni se podrá ordenar su ejecución”.⁴⁰

Para otro sector de la doctrina, la presunción de legitimidad implica que el acto se tiene por válido y, por lo tanto, debe cumplirse, mientras no exista una declaración expresa de nulidad. Para Vidal Perdomo (2008: 301), “los actos tienen imperio mientras la autoridad judicial no los declare contrarios a derecho”; en el Ecuador, Secaira

38. Como se dijo, este principio consta, en la Constitución vigente, en el art. 169.

39. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 17 de mayo de 2000, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 3, p. 904, primer considerando.

40. Ley 6227 de 2 de mayo de 1978. Puede consultarse en [<http://www.cesdepu.com/nbdp/lgap.htm>].

comparte esta opinión cuando afirma que la presunción de legitimidad dura “hasta cuando autoridad pública competente declare lo contrario” (2004: 182).

En la jurisprudencia del extinto Tribunal Constitucional se han expuesto las dos posiciones. Para el Pleno del Tribunal, “un acto pierde la presunción de legitimidad cuando ha sido dictado por una autoridad pública, que no tiene competencia para ello, o que no lo haya dictado de conformidad con los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario a dicho ordenamiento, o bien que se lo dicte sin fundamento o suficiente motivación”.⁴¹ La Tercera Sala, en otro caso, sostuvo que “mientras no se lo declare ilegal, nulo o inconstitucional, el acto está revestido de la presunción de legitimidad”.⁴²

En realidad, si bien desde el punto de vista teórico se puede sostener la invalidez de los actos nulos de pleno derecho, sin necesidad de declaración previa, este planteamiento tropieza con un serio problema, derivado precisamente de la presunción de legitimidad, al momento de ponerlo en práctica.

En efecto, la referida presunción no es sino una técnica para conseguir que no sea el arbitrio de los administrados el que decida si un acto administrativo se cumple o no, pues bastaría invocar la existencia de una irregularidad para que el acto pierda su efectividad. Admitir que la nulidad de pleno derecho opera sin necesidad de declaración previa de autoridad competente es, entonces, tanto como destruir la presunción de legitimidad.

García de Enterría y Fernández recuerdan, además, que el problema de la eficacia de los actos administrativos es un problema de hecho, en la medida en que la Administración está autorizada para imponerlos y hacerlos cumplir, pese a que el destinatario pueda considerarlos inválidos (2001, I: 575).

El camino para el administrado, en el marco de la presunción de legitimidad, no es otro que la utilización de los recursos que el ordenamiento jurídico le ofrece para impugnar la validez de los actos administrativos. En el caso del Ecuador, las medidas cautelares y la acción de protección son caminos adecuados cuando está de por medio la violación de derechos constitucionales,⁴³ mientras que las acciones contencioso administrativas permiten impugnar las actuaciones administrativas que quebranten la legalidad;⁴⁴ todo esto, sin perjuicio de los recursos que pueden intentarse en la vía administrativa.

41. Tribunal Constitucional, Resolución 0105-2003-RA y, en igual sentido, Resolución del Pleno 0219-2003-RA y de la Primera Sala 0086-2003-RA. Todas las resoluciones citadas por Oyarte (2006: 103).

42. Tercera Sala del Tribunal Constitucional, Resolución 043-III en el caso 0067-97-RA, citado por Oyarte (2006: 101).

43. Constitución de la República, art. 88; Ley Orgánica de Garantías Constitucionales y Control Jurisdiccional, suplemento del Registro Oficial 52, 22 de octubre de 2009, arts. 26-42.

44. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Registro Oficial 338, 18 de marzo de 1968, arts. 1-3; Código Orgánico de la Función Judicial, suplemento del Registro Oficial 544, 9 de marzo de 2009, arts. 216 y 217.

En todo caso, es claro que la nulidad de pleno derecho es el resultado de vicios especialmente graves que deben estar expresamente tipificados por la Ley, sin que sea admisible la interpretación extensiva o la analogía.

En el COOTAD, las causas de nulidad de pleno derecho se enumeran en el art. 371 y son las que se detallan a continuación:

Los que lesionen de forma ilegítima los derechos y libertades consagrados en la Constitución

Si, conforme el mandato del número 9 del art. 11 de la Constitución de la República, “el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”, es evidente que las actuaciones de la Administración Pública que afecten esos derechos no pueden tenerse como válidas.

La norma habla de lesión ilegítima; en consecuencia, para que se configure la causal es necesario que se trate de una afectación de derechos que no esté autorizada por la Constitución o la ley.

Los dictados por órgano incompetente en razón de la materia, del tiempo o del territorio

En virtud del principio de legalidad, recogido por el art. 226 de la Constitución de la República, los órganos administrativos no pueden ejercer más competencias que las “que les sean atribuidas en la Constitución y la ley”.

En consecuencia, el órgano que actúa fuera del campo de competencias que se le han asignado violenta el mandato constitucional, sin que sea admisible dar valor a su actuación.

La norma, sin embargo, especifica que no toda incompetencia da lugar a la nulidad de pleno derecho, pues se refiere expresamente a incompetencia en razón de la materia, el tiempo o el territorio, y no menciona la incompetencia en razón del grado.

Esto se explica porque se considera que cuando el acto administrativo lo dicta un órgano subordinado jerárquicamente a aquél que tenía la competencia para hacerlo, o viceversa, bien puede el órgano competente, que es parte del mismo ente administrativo, ratificar lo actuado si lo considera procedente. Esto es, no existe una grave afectación al ordenamiento jurídico, en la medida en que el vicio se produce siempre al interior de una estructura jerárquica que, de ser el caso, puede reaccionar convalidando el acto viciado.

Los que tengan un contenido materialmente imposible

La causal habla de actos de contenido materialmente imposible. Nos encontramos, entonces, en el terreno de una imposibilidad de hecho, no de una imposibilidad jurídica, pues en este último caso lo que existe es una ilegalidad que debe ser valorada a fin de establecer si encaja en los supuestos de nulidad de pleno derecho o si se trata de una simple anulabilidad.

La imposibilidad de hecho es tal, ya porque el contenido del acto no se compadece con la realidad (la orden de derrocar una pared que no existe), ya porque va contra las leyes físicas (el mandato de que una persona realice determinada actividad, al mismo tiempo, en dos sitios distintos). García de Enterría y Fernández se refieren también a la imposibilidad de carácter ideal o lógico y a la que surge del contenido ambiguo de determinados actos (2001, I: 616).

En relación con el primer caso, citan un dictamen del Consejo de Estado Español de 1 de abril de 1965, según el cual cuando se aprecie dentro de un acto “que la aplicación de uno de sus elementos anula el efecto requerido por otro, sin que, por consiguiente, sea posible su aplicación simultánea, puede decirse, en buena doctrina, que el acto administrativo en cuestión resulta de imposible contenido”.

El segundo caso tiene que ver con actos en los que no queda claro el alcance de lo que se dispone, como la orden de imponer una multa sin especificar su monto o como la disposición redactada en términos tan oscuros, que no permiten conocer qué es lo que se pretende que se haga o se deje de hacer.

De todas maneras, para que pueda hablarse de una causal de nulidad de pleno derecho, la imposibilidad debe ser de origen, esto es, debe haber existido al momento de dictarse el acto, pues en el caso de imposibilidades sobrevenidas (muerte del sancionado, destrucción del bien declarado de utilidad pública) no existe nulidad, sino ineficacia del acto.

Vale la pena indicar que los actos de contenido imposible han sido considerados como actos inexistentes, pues en ellos sí el destinatario del acto no está en condiciones de cumplirlos. La inclusión de este supuesto entre las causales de nulidad de pleno derecho resulta, por ello, indicativa de la no aceptación de la teoría de la inexistencia por parte del COOTAD.

Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta

Se refiere esta causal a cualquier infracción de orden penal (delito o contravención), ya sea ella el objeto del acto (la autorización para derrocar un inmueble que forme parte del patrimonio cultural),⁴⁵ ya un antecedente para que este se haya dictado (la adjudicación de un contrato a cambio de una comisión o una prima).⁴⁶

La pregunta que cabe hacer es si la existencia del delito puede ser establecida por la propia Administración, o si es necesario que esta haya sido previamente determinada por medio de un proceso penal.

García de Enterría y Fernández, al comentar la norma española de la que se deriva la del COOTAD, sostienen que no es necesaria una declaración de los jueces penales que establezca la existencia del delito, para que pueda anularse el acto administrativo. “Tal declaración, dicen, puede ser imposible cuando el autor muera antes de dictarse la sentencia penal o sea inimputable o no sea habido, circunstancias todas ellas que no tienen por qué impedir las consecuencias estrictamente administrativas de su acción, si esta es, en efecto, una acción antijurídica y está tipificada como delito en las Leyes penales” (2001, I: 620).

Blanquer, sin embargo, considera que la nulidad no puede declararse mientras no exista sentencia penal firme (2006, II: 282) y parece ser esta una posición más adecuada, en la medida en que no es aceptable que la determinación de si existe o no una infracción quede en manos de un funcionario administrativo; esa determinación corresponde exclusivamente a los jueces.

La causal operaría, entonces, cuando la existencia del delito se determine mediante sentencia, y solo en ese caso podría tramitarse el procedimiento para declarar la nulidad, en el que necesariamente se debería contar con aquellas personas cuyos derechos puedan verse afectados como consecuencia de esta última. Esta es, por otra parte, la forma en que el art. 411 del mismo COOTAD regula el caso de revisión por la existencia de un delito como antecedente del acto revisado.

45. Segundo artículo agregado a continuación del 415 del Código Penal por la Ley 49, Registro Oficial 2, 25 de enero de 2000: “La misma pena prevista en el artículo anterior ... se aplicará al funcionario o empleado público que actuando por sí mismo o como miembro de un cuerpo colegiado, autorice o permita, contra derecho, modificaciones, alteraciones o derrocamiento que causen la destrucción o dañen bienes pertenecientes al Patrimonio Cultural de la Nación; así como al funcionario o empleado cuyo informe u opinión haya conducido al mismo resultado”.

46. Código Penal, art. 260: “Serán castigados con prisión de dos a cuatro años ... los funcionarios y empleados públicos o sus agentes que, encargados de la adquisición o compra de arts. y enseres para la Administración, recibieren comisiones o primas, alteraren los precios en los arts., las planillas, etc., y los vendedores o proveedores que tomaren parte o se prestaren para estas combinaciones ilícitas”.

Los dictados prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la Administración

No se trata, en este caso, de cualquier omisión en el procedimiento pues, como se vio anteriormente, las omisiones de esta clase pueden, incluso, no ser de carácter invalidante; esta causal habla de prescindir total y absolutamente del procedimiento, lo que tampoco puede entenderse como la inexistencia de un procedimiento, pues por simple que sea todo acto administrativo tendrá como antecedente alguna forma procedimental.

La causal se refiere, entonces, a la realización de un procedimiento distinto al previsto (como cuando se tramita una cotización cuando el procedimiento era la licitación) o la omisión de las partes fundamentales del procedimiento, de tal manera que este último, como dicen García de Enterría y Fernández, se vuelve inidentificable (2001, I: 621), lo que ocurre cuando la omisión de reglas esenciales, a las que se hace referencia enseguida, se lleva al extremo de dejarlas todas de lado y convertir al procedimiento en un trámite que nada tiene que ver con el previsto en las normas.

La segunda parte de la causal se refiere, precisamente, a esta omisión de partes fundamentales cuando habla del incumplimiento de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos administrativos, como las que se relacionan con el quórum o con la necesidad de contar con informes previos para tomar determinadas decisiones.

Para la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, la intervención de funcionarios extraños a los llamados a tramitar el procedimiento es una violación de una regla esencial de este último.⁴⁷

En la jurisprudencia española reciente, se consideran trámites esenciales que no pueden omitirse el informe previo del Consejo de Estado,⁴⁸ la autorización ambiental,⁴⁹

47. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 27 de febrero de 1998, Gaceta Judicial, serie XVI, No. 11, p. 2985, sexto considerando.

48. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 18 de mayo de 2010, ponente Eduardo Espín Templado, segundo considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5617632&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100610>].

49. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 24 de marzo de 2010, ponente María Isabel Perello Domenech, primer considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5583729&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100513>].

la memoria económico-financiera para la determinación de una tasa⁵⁰ o la consulta previa.⁵¹

Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición

Si bien se habla de actos expesos o presuntos, se trata, fundamentalmente, de una causal que tiene su razón de ser en la necesidad de regular la institución del silencio administrativo positivo. En efecto, que la falta de respuesta de la Administración deba entenderse como aceptación de lo pedido por el administrado no implica que pueda aceptarse todo, incluso el surgimiento de derechos para los cuales el solicitante carece de requisitos.

El tema ha sido ya precisado por nuestra jurisprudencia. Para el extinto Tribunal Constitucional, por ejemplo, “los efectos del silencio administrativo previstos en el art. 28 de la Ley de Modernización del Estado ... tienen su límite en que dicha petición o pretensión sea legal y posible, sin que pueda adquirirse por el silencio administrativo más de lo que el ordenamiento jurídico expresamente pudo otorgar”.⁵²

Igual es el criterio de la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia según la cual, “para que el silencio positivo opere se requiere, como condición inexcusable, que la petición sea justa, oportuna, que no esté prohibida por la ley, que se encuentre dentro de las previsiones legales que a ella corresponda y que sea dirigida a la autoridad competente”.⁵³

Como queda claro en la causal, la importancia que esta tiene en el ámbito del silencio administrativo no implica que no sea aplicable a los actos expesos, si en

50. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 11 de febrero de 2010, ponente Ángel Aguillo Avilés, duodécimo considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5583715&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=2010051>].

51. Tribunal Supremo de España, Sala de lo Contencioso, sentencia de 20 de enero de 2010, ponente Óscar González González, segundo considerando. Puede consultarse en [<http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=5036995&links=%22tr%E1mite%20esencial%22&optimize=20100211>].

52. Primera Sala del Tribunal Constitucional, Resolución 408-RA-01-1S, Registro Oficial 493, 14 de enero de 2002. En el mismo Registro Oficial se publica la Resolución 363-RA-01-1S, de la misma Sala, que repite el mismo criterio. En el mismo sentido se pronuncia el Pleno del Tribunal en la Resolución 128-2000-TP, suplemento del Registro Oficial 126, 24 de julio de 2000.

53. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia 364/99 de 13 de diciembre de 1999, Registro Oficial 19, 17 de febrero de 2000, cuarto considerando.

ellos la Administración ha conferido facultades o derechos a quienes no podía obtenerlos conforme a las normas aplicables.

García de Enterría y Fernández llaman la atención sobre lo que consideran el centro de gravedad de la causal: la noción de requisitos esenciales. Esta, dicen, debe entenderse caso por caso y se aplicará siempre que la carencia no sea fácilmente remediable (2001, I: 627). Para Blanquer, son esenciales los requisitos “relativos a la estructura definitoria del acto” y que han sido impuestos expresamente por mandato legal (2006, II: 285).

La falta de requisitos esenciales, según García de Enterría y Fernández, debe ser incontrovertible, porque de otro modo “se abriría una brecha en el sistema legal que terminaría por desnaturalizar la figura” (2001, I: 627).

Aquellos que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales

Al parecer, falta una coma en la causal, porque las disposiciones sancionadoras serán siempre desfavorables para quien las sufre, sin que pueda pretenderse la existencia de disposiciones sancionadoras favorables. Al parecer, se pretende hacer referencia tanto a disposiciones sancionadoras, como a disposiciones no favorables para el administrado o aquellas que restrinjan sus derechos individuales.

Evidentemente, de lo que se trata es de garantizar el derecho a la seguridad jurídica y el principio de irretroactividad.

La seguridad jurídica, dice el art. 82 de la Constitución de la República, “se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. La irretroactividad de las normas es la lógica consecuencia de este derecho, que la misma Constitución aplica al prohibir, en el número 3 de su art. 76, la imposición de sanciones por actos que, al momento de ejecutarse, no hayan estado tipificados como infracciones.

Como se dijo al inicio, nuestra jurisprudencia ha identificado a la seguridad jurídica como el “conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros”.⁵⁴ Siendo así, imponer sanciones o cargas a los administrados, o restringir sus derechos, solo puede hacerse a futuro y sobre la base del ordenamiento vigente; de ninguna manera con efecto retroactivo o, peor aún, pretendiendo aplicar normas a situaciones ocurridas antes de su promulgación.

54. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 11 de julio de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 11, p. 3428, quinto considerando.

Los que tengan por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto

La finalidad es un elemento esencial del acto administrativo. Todo poder, dice nuestra jurisprudencia citando a García de Enterría y Fernández, “es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública”.⁵⁵

Cuando esa finalidad de orden público no se cumple, nos encontramos frente a la que se denomina desviación de poder, que implica el uso de instrumentos administrativos para la satisfacción de fines ajenos a los propios del interés colectivo.

El Consejo de Estado francés estableció la nulidad de los actos administrativos como consecuencia de la desviación de poder en el fallo *Pariset*, en 1875, considerando que las potestades públicas se habían ejercido “para un objeto diferente de aquél que se le había otorgado” (Long, 2000: 17). Posteriormente se consideró que existía desviación de poder cuando las potestades administrativas se utilizaban para satisfacer venganzas personales (fallo *Fabregue* de 1909), para obtener ventajas en negocios particulares (fallo *Delle Rault* de 1934) o para beneficiar a personas allegadas (fallo *Delle Soulier* de 1954) (Long, 2000: 18).

Nos encontramos, en consecuencia, ante actos administrativos que pueden no ser ilegales y satisfacer las exigencias formales del ordenamiento jurídico, pero que desvían al poder administrativo de la satisfacción de los intereses colectivos, al cumplimiento de fines particulares.

Los que no se encuentren debidamente motivados

Esta causal no hace sino reproducir el mandato de la letra l) del número 7 del art. 77 de la Constitución de la República, en virtud del cual deben considerarse nulos los actos de los poderes públicos que no sean debidamente motivados.

Para que exista motivación, la norma constitucional exige que se enuncien las normas o principios jurídicos en los que se sustente la resolución y se explique la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Se trata, en consecuencia, de

55. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de mayo de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 9, p. 2966, tercer considerando. En el mismo sentido puede verse la sentencia de la misma sala, de 25 de julio de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 10, p. 3346, primer considerando.

poner en conocimiento de quien quiera saberlo, cuáles son las razones que llevan a la Administración a tomar una determinada decisión y cómo es así que lo resuelto se enmarca en las previsiones del ordenamiento jurídico. No serán suficientes, en consecuencia, enunciados de tipo general (“por convenir al interés público”, “por ser lo más conveniente”, etc.), si no vienen acompañados de una explicación suficiente de por qué esos enunciados se cumplen en el caso concreto.

Aunque refiriéndose a las sentencias judiciales, la Corte Suprema de Justicia ha explicado con detalle la importancia de la motivación⁵⁶ y ha dejado en claro que la motivación de los hechos debe considerarse incompleta si no viene acompañada de la fundamentación del derecho.⁵⁷

La anulabilidad

Cualquier irregularidad del acto administrativo que no sea de las enunciadas como causales de nulidad de pleno derecho, producen la anulabilidad del acto. Cuando un acto es anulable, la Administración lo puede convalidar y el acto será válido a partir de la convalidación. Así lo dispone el art. 372 del COOTAD.

Esta norma enumera algunos supuestos de anulabilidad y se refiere, entre ellos, a la desviación de poder. Anteriormente, sin embargo, se estableció que esta última era considerada como causa de nulidad de pleno derecho por la letra h) del art. 371 del COOTAD, por lo que conviene aclarar que la satisfacción ilegítima de intereses particulares, que es el supuesto de la citada letra h), es solo una de las formas de desviación de poder.

El Consejo de Estado francés, por ejemplo, se refiere al caso en el que un acto se expida en razón del interés público, pero no de aquel para el cual se confirieron las potestades administrativas correspondientes (Long, 2000: 19). Blanquer pone el ejemplo de un guardia civil trasladado de un lugar a otro, supuestamente para cumplir fines organizativos, pero, en realidad, con el propósito de sancionarlo.

Son fines públicos –dice el autor citado– tanto el mantenimiento de la disciplina en un cuerpo sometido a disciplina castrense como la satisfacción de las necesidades del servicio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado; pero esos dos fines organizatorio y disciplinario son distintos, por lo que una potestad atribuida para cumplir un fin público no puede encubrirse en el ejercicio de otra potestad diferente conferida para satisfacer otro fin público distinto (Blanquer, 2006, II: 267).

56. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de noviembre de 1999, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 2, p. 363.

57. Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 9 de abril de 2001, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 6, p. 1516, segundo y tercer considerando.

La desviación de poder se asimila, también, a la simulación que tiende a presentar al acto de tal manera que quede oculto su contenido real (Long, 2000: 19-20).

La incompetencia en razón del grado, dice el art. 372 del COOTAD, debe ser convalidada por la autoridad jerárquica superior, debiendo entenderse que esta última es la titular de la competencia. La falta de autorizaciones, según la misma norma, se convalidada con su otorgamiento por el órgano competente.

Como se vio al tratar de las irregularidades no invalidantes, el inciso final del art. 372 del COOTAD dispone que “el defecto de forma de los actos administrativos solo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o de lugar a la indefensión de los interesados”.

Debemos entender, entonces, que si la irregularidad no es de aquellas que se calificaron anteriormente como no invalidantes, lo que tenemos es una causal de anulabilidad. Hay que tomar en cuenta, sin embargo, que esto ocurrirá si la falta de requisitos formales no es de tal naturaleza que pueda encuadrarse en la causal de infracciones procedimentales que genera nulidad de pleno derecho.

La referencia a los requisitos que causen indefensión parece un error, pues como se vio en su momento, la lesión ilegítima de derechos constitucionales es un motivo de nulidad de pleno derecho. No es posible, en consecuencia, que la afectación al derecho al debido proceso, que es la que produciría indefensión, se tenga como causa de anulabilidad cuando encaja perfectamente en el referido supuesto de nulidad de pleno derecho.

Declaratoria de nulidad. Lesividad

Cuando se trata de irregularidades que producen la nulidad de pleno derecho, el art. 370 del COOTAD dispone que el acto sea anulado por la propia Administración. No lo dice la norma, pero parece claro que la anulación debe ser hecha por el órgano del que emanó el acto, o por su superior jerárquico, y que se lo puede hacer, tanto de oficio, como a petición de parte; esto último, en atención al derecho de petición consagrado por el número 23 del art. 66 de la Constitución de la República. En todo caso, deberá tramitarse un procedimiento previo y, cuando existan personas cuyos derechos puedan ser afectados, abrir la posibilidad de que estas puedan exponer sus puntos de vista.

A diferencia de la legislación española⁵⁸ y del art. 167 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que establecen la posibilidad de que la declaración de nulidad de pleno derecho pueda hacerse en cualquier tiempo,

58. Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, art. 102.1. Puede consultarse en [http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/130-1992.t7.html#a102].

el COOTAD nada dice sobre el particular. Deben aplicarse, en consecuencia, las reglas generales del Código Civil en materia de nulidad absoluta (art. 1699), y reconocer que la Administración puede declarar la nulidad de pleno derecho, siempre que hayan transcurrido menos de quince años desde la expedición del acto.

En el caso de actos anulables, si la Administración decide no convalidarlos no está facultada para declarar ella misma la nulidad, sino que debe recurrir a la acción de lesividad. Esta última es la que corresponde plantear a la Administración para anular sus propios actos, cuando no puede hacerlo por sí misma.

En el Ecuador, ya desde la época del extinto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, la jurisprudencia ha sostenido consistentemente, como regla general, que la Administración no está facultada para revisar sus propios actos, salvo que una norma se lo permita expresamente.⁵⁹ Para ello se basó inicialmente en la clara referencia que contiene la letra d) del art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que, al establecer quiénes pueden “demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración”, se refiere al “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”.⁶⁰

Posteriormente, la acción de lesividad se ha desarrollado en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y en la actualidad se la reconoce expresamente en el número 11 del art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial.

59. Puede verse Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 6 de abril de 1989, *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, número 10, Quito, 1991, p. 147; Primera Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, sentencia de 24 de junio de 1983, *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, No. 6, Quito, 1985, pp. 93-94. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencias de 29 de febrero de 2000 (*Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 3, p. 894), 15 de noviembre de 2000 (*Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 5, p. 1484), 23 de agosto de 2001 (*Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 7, p. 2175) y 27 de mayo de 2002 (*Gaceta Judicial*, serie XVII, No. 10, p. 3341).

60. 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 fija 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”. Parecería que la norma citada no establece la acción de lesividad, sino que determina que esta puede plantearse en los casos en que una disposición legal niegue a la Administración la posibilidad de revocar sus propios actos. Sin embargo, no es este el criterio asumido por la jurisprudencia ecuatoriana que ha sostenido, primero, que la Administración no está facultada para revocar sus propios actos y, segundo, que la revocación solo puede hacerse por el juez, una vez que se acuda ante él con la acción de lesividad. Francisco Tinajero Villamar, quien fuera profesor de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sostuvo siempre la necesidad de recurrir a la acción de lesividad para revocar los actos administrativos, tal como lo expone en el prólogo al texto de Pablo Tinajero (1998: 16). Este último, por su parte, si bien acepta la letra d) del art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa como fundamento suficiente de la acción de lesividad, reconoce las dificultades que surgen del texto y propone, inclusive, un proyecto de reforma que regule en detalle la referida acción.

En el caso del COOTAD, la potestad que el art. 370 confiere a la Administración para dejar sin efecto sus actos nulos de pleno derecho, y la exigencia de recurrir a la acción de lesividad cuando se trate de actos anulables, a la que se refiere el art. 373, hacen innecesaria la discusión acerca de si la potestad de revocar los propios actos es inherente a la Administración o se requiere, para ejercerla, de expresa habilitación legislativa.⁶¹

Conforme el segundo de los artículos citados, la Administración no puede por sí misma dejar sin efectos sus actos irregulares, si la irregularidad es de aquellas que producen la anulabilidad. Cuando esto ocurra, dice el primer inciso, la Administración podrá, de oficio o a petición de parte, emitir un acto administrativo que declare lesivo para el interés público el acto irregular. Para proceder a la referida declaratoria debe tramitarse un procedimiento que permita exponer sus puntos de vista a las personas que puedan verse afectadas por la anulación del acto; la declaración de lesividad debe ser hecha por la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado respectivo y, dice el segundo inciso del art. 373, exige “la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo”.

La declaración del acto como lesivo debe hacerse dentro de los tres meses siguientes a la iniciación del procedimiento; transcurrido este plazo, el procedimiento caduca.

Una vez declarada la lesividad, se debe plantear la correspondiente acción ante la jurisdicción contencioso administrativa. Para ello, la Administración tiene el plazo de tres meses, a partir de la declaratoria.

Una vez iniciado el procedimiento administrativo para declarar el acto como lesivo, el inciso final del art. 373 faculta a la máxima autoridad del respectivo gobierno autónomo descentralizado a suspender la ejecución del acto que se pretende declarar lesivo, “cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o le cause daños a terceros”.

Al final del primer inciso del art. 373 se incluye un texto que, por absurdo, resulta inaplicable. La declaratoria del acto como lesivo, dice el referido inciso, debe hacerse a fin de proceder a su ulterior impugnación ante la jurisdicción contencioso administrativa, “previa su extinción”.

Estas tres últimas palabras están sin duda demás, pues contradicen lo que hasta allí disponía la norma que se ha citado. En efecto, si la propia Administración no puede revocar el acto anulable, cómo es que puede extinguirlo como requisito previo para presentar la acción de lesividad; más aún, si el acto ya se extingue antes de presentar la acción, ¿qué sentido tiene esta última?

61. Sobre este tema puede verse Aguilar (2005).

Hay, por otro lado, una clara contradicción entre el texto que se comenta y el ya citado inciso final del art. 373, pues este último confiere únicamente la potestad de suspender la ejecución del acto y no de extinguirlo, como dice la parte final del primer inciso.

No transmisibilidad de vicios, conversión y conservación de actos

Los arts. 374 al 376 del COOTAD expresan el principio favor acti, en la medida en que establecen técnicas que buscan la conservación de los actos administrativos. Son estas técnicas la transmisibilidad, la conversión y la conservación.

El primero de los artículos citados se refiere a la transmisibilidad, en virtud de la cual la nulidad de pleno derecho o la anulabilidad de un acto no se transmiten a los actos posteriores dentro de un procedimiento, cuando sean independientes del primero.

Tampoco la nulidad o anulabilidad parcial del acto implicará la de otras partes independientes del mismo, “salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado”.

La conversión implica que los actos nulos o anulables que contengan elementos constitutivos de otro acto distinto, producirán los efectos de éste.

La conservación, finalmente, se expresa en el mandato del art. 376 que ordena a quien declare la nulidad de un acto disponer siempre la conservación de los actos o partes del procedimiento, “cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción”.

BIBLIOGRAFÍA

Aguilar, Juan Pablo, “Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana”, en *Ruptura*, No. 49, Quito, Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 2005.

Benalcázar, Juan Carlos, *Fundamentos constitucionales del acto administrativo estable*, s.f., en [www.derechoecuador.com/index.php?option=com_content&task=view&id=2764&Itemid=134].

— *El acto administrativo en materia tributaria*, Quito, Ediciones Legales, 2005.

Blanquer, David, *Curso de Derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2006.

Claro Solar, Luis, *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992.

- García de Enterría, Eduardo, y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho administrativo*, Madrid, 2001.
- Gonzales Pérez, Jesús, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, en *Revista de Administración Pública*, vol. I, No. 1, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, pp. 149-161.
- *El principio general de la buena fe en el Derecho administrativo*, Madrid, Civitas, 1999.
- Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho administrativo*, t. III, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2007.
- Granda Galindo, Nicolás, *Fundamentos de Derecho administrativo*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, 2002.
- Jaramillo Alvarado, Pío, *Derecho público interno*, Quito, Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1953.
- Jaramillo Ordóñez, Herman, *Manual de Derecho administrativo*, Loja, Universidad Nacional de Loja, 2005.
- Long, Marceu, y otros, *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- Martín Mateo, Ramón, *Manual de Derecho administrativo*, Madrid, Trivium, 2002.
- Moderne, Franck, *Principios generales del Derecho público*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005.
- Oyarte, Rafael, *La acción de amparo constitucional*, Quito, Fundación Andrade & Asociados, 2006.
- Pérez Camacho, Efraín, *Derecho administrativo*, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009.
- Sayagués, Enrique, *Tratado de Derecho administrativo*, Montevideo, Martín Bianchi, 1986.
- Secaira, Patricio, *Curso breve de Derecho administrativo*, Quito, Editorial Universitaria, 2004.
- Tinajero, Francisco, “La cosa juzgada en lo administrativo”, en *Revista de Derecho*, No. 42, Quito, Corporación de Estudios y Publicaciones, 1982.
- Tinajero, Pablo, *La acción de lesividad*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Biblioteca de Jurisprudencia, 1998.
- Troya Cevallos, Alfonso, *Elementos de Derecho procesal civil*, Quito, Ediciones de la Universidad Católica, 1976.
- Vidal Perdomo, Jaime, *Derecho administrativo*, Bogotá, Legis, 2008.
- Zavala Egas, Jorge, *Derecho Constitucional*, Guayaquil, Edino, 1999.
- *Derecho administrativo*, t. I, Guayaquil, Edino, 2005.
- *Derecho administrativo*, t. II, Guayaquil, Edino, 2007.

Fecha de recepción: 6 de enero de 2011
Fecha de aceptación: 26 de febrero de 2011