

UNIVERSIDAD ANDINA “SIMÓN BOLÍVAR”

SEDE ECUADOR

MAESTRIA EN DERECHO

MENCIÓN DERECHO ADMINISTRATIVO

**“EFECTOS DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO
ADMINISTRATIVO”**

AUTOR: DR. DIEGO HUMBERTO. CHAMORRO PEPINOSA

2009

AUTORIZACIÓN

Al presentar esta tesis, como uno de los requisitos previos para la obtención del grado de magíster de la Universidad Andina Simón Bolívar, autorizo al centro de información o a la biblioteca de la universidad para que haga de esta tesis un documento disponible para su lectura según las normas de la Universidad

Estoy de acuerdo en que se realice cualquier copia de esta tesis dentro de las regulaciones de la universidad, siempre y cuando esta reproducción no suponga una ganancia económica potencial.

Sin perjuicio de ejercer mi derecho de autor, autorizo a la Universidad Andina Simón Bolívar la publicación de esta tesis, o de parte de ella, por una sola vez dentro de los treinta meses después de su aprobación.

DR. DIEGO HUMBERTO CHAMORRO PEPINOSA

Quito, Febrero del 2009

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR
SEDE ECUADOR**

**MAESTRIA EN DERECHO ADMINISTRATIVO
MENCION DERECHO ADMINISTRATIVO**

**TEMA: “EFECTOS DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO
ADMINISTRATIVO”**

AUTOR: DR. DIEGO H. CHAMORRO PEPINOSA

TUTOR: DR. PATRICIO SECAIRA DURANGO

QUITO-2009

DEDICATORIA

A mi abuelo Jeremías Pepinosa Miranda (+), por ser ejemplo de compromiso, amor y ternura con su familia, y a mi hijo Daniel.

AGRADECIMIENTO

A los Profesores de la Universidad Andina Simón Bolívar –Sede Ecuador-, en especial al Dr. Patricio Secaira Durango, por su labor como tutor del presente trabajo.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
--------------------------	----------

CAPITULO I

DEFINICIÓN DE VOLUNTAD ADMINISTRATIVA EN DERECHOS ADMINISTRATIVO.....	10
--	-----------

1. Requisitos y elementos para la emisión de la voluntad administrativa.....	16
1.1.- Competencia.....	16
1.2.- Causa.....	22
1.3.- Objeto.....	23
1.4.- Finalidad.....	26
1.5.- Razonabilidad.....	27
1.6.- Debido Proceso.....	28
1.7.- Ausencia de Error, Dolo y Violencia.....	28
1.8.- Autorización.....	28
1.9.- Aprobación.....	30
1.10.- Reglas técnicas.....	31

CAPITULO II

TIPOS DE VICIOS DE LA VOLUNTAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO.....	32
--	-----------

1.- VICIOS DE TIPO OBJETIVO.....	33
1.1.- Vicios en el Origen de la Voluntad.....	33
1.2.- Vicios en la Preparación de la Voluntad.....	36
1.3.- Vicios en la Emisión de la Voluntad.....	41
2.- VICIOS DE TIPO SUBJETIVO.....	46
2.1.- La Desviación de Poder.....	46
2.2.- Arbitrariedad.....	51
2.3.- Error.....	54
2.4.- El Dolo.....	56
2.5.- Violencia o Intimidación.....	58

CAPITULO III

EFFECTOS DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO ADMINISTRATIVO.....59

1.- Revocatoria de los Actos Administrativos por vicios de legitimidad o de oportunidad.....65

2.- Diferencias entre las Nulidades Civiles y Administrativas.....69

2.1.- Posibilidad de alegar su propia torpeza.....70

2.2.- Órgano que lo Declara.....70

2.3.- Carácter expreso o implícito de la regulación.....71

2.4.- Fuente Normativa.....71

2.5.- Elementos del Acto.....71

2.6.- Anulación de Oficio.....71

CAPITULO IV

IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....73

1. Presunción de la Legalidad del Acto Administrativo.....73

1.1.- La legalidad no necesita declaración.....77

1.2.- Anulación solo a petición de parte.....78

1.3.- La anulación debe ser declarada por autoridad competente.....79

2. Formas de Impugnación de los Actos Administrativos.....80

2.1 Recursos en Sede Administrativa.....81

2.1.1 Recurso de Reposición.....82

2.1.2. Recurso de Apelación.....84

2.1.3 Recurso Extraordinario de Revisión.....84

2.2 Recursos en Sede Jurisdiccional.....85

2.3 Recurso En Sede Constitucional.....89

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....94

BIBLIOGRAFÍA.....98

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo parte del principio de que el régimen jurídico de todo estado debe sujetarse a normas claras que permitan que los entes del poder público, cumplan con sus propósitos. Ahora bien debemos entender que la administración pública es: "...la actividad práctica que el Estado desarrolla para atender de manera inmediata los intereses públicos que tiene a su cargo para el cumplimiento de sus fines"¹; y el no hacerlo de este modo, genera incomodidad entre sus administrados; y, que esta actividad se manifiesta o expresa a través de actos y hechos administrativos los cuales deben responder al marco constitucional vigente.

El profesor Enrique Sayagués Laso a este respecto manifiesta: "...para lograr la realización de sus fines propios, las entidades estatales actúan mediante actos jurídicos y operaciones materiales... Las entidades estatales realizan esos actos y operaciones en virtud de los poderes jurídicos que el derecho objetivo establece..."²

¹ Guido Zanobini, Curso de Derecho Administrativo, I Parte General, Buenos Aires, Ediciones Arayú, p. 21

² Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Editorial Barreiro, 2ª ed., 1963, p. 34.

Es indispensable subrayar que todo acto administrativo, goza de la presunción de legalidad, por ello conceptualmente podemos decir que el acto administrativo por sí, es de cumplimiento mandatorio; sin embargo, frente a la realidad jurídica, todo acto administrativo puede ser impugnado por que a decir de demandante fue fruto de vicios y dependiendo de la gravedad de ellos pueden ser convalidados, o declarados de nulidad absoluta.

Partiendo del tema central de este trabajo que es los “EFECTOS DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO ADMINISTRATIVO”, debo decir que fue primordial saber que la voluntad dentro del derecho administrativo es la conciencia cierta de la autoridad administrativa de hacer algo; y, que todo acto administrativo lleva sobre entendido la manifestación de la voluntad de los órganos administrativos, es decir, es la adopción de cierta conducta voluntaria por parte de la administración, frente a una situación que involucre a los administrados.

El marco jurídico de nuestro estado, dispone normas claras que todo acto administrativo de contener, por esto, la falta o el vicio de ellos provoca que quien deba cumplirlos no pueda hacerlo, luego entonces, frente a esta eventualidad, el administrado tiene el derecho de impugnarlo si considera que lesiona sus intereses. Impugnación que por supuesto, tendrá que regirse a las normas legales vigentes que respecto a este tema contempla la legislación ecuatoriana.

CAPITULO I

DEFINICIÓN DE VOLUNTAD ADMINISTRATIVA EN DERECHOS ADMINISTRATIVO

Para empezar este estudio, debemos tener claro que una de las características de los actos administrativos es su unilateralidad, ya que únicamente se generan por parte de la autoridad administrativa; por lo que, se habla propiamente de voluntad, y para que ésta sea considerada en derecho, es necesario que se exteriorice. La voluntad es válida cuando es emitida por autoridad competente y tiene el propósito de establecer un vínculo jurídico, “En un sentido ético, la voluntad es la actitud o disposición moral para querer algo”³

³ Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva. “Curso de Derecho Civil”, Santiago de Chile- Chile, Edt. Nacimiento, p.300

La voluntad es el principal elemento del acto jurídico, pues una vez que se ha manifestado sin vicios, es capaz de crear por sí misma obligaciones.⁴

La voluntad aunque formalmente libre, está determinada por el sistema, ya que la voluntad del hombre necesariamente obedecerá a las condiciones externas, naturales y sociales que constituyan su medio ambiente.

Es importante sin embargo, señalar que existe una corriente doctrinaria, que sostiene que la voluntad no puede ser considerada como un elemento del acto administrativo sino un requisito natural y obvio de él, y por tanto está presente en todos los elementos del acto administrativo, convirtiéndose en la esencia, luego, sin voluntad no se pueden producir los actos; al respecto, Miguel S. Marienhoff manifiesta

La “Voluntad” no es un elemento del acto administrativo; es un presupuesto obvio de dicho acto, un presupuesto `sine qua non´ de sus existencia... Así pues, no es imposible confundir `expresión de voluntad´, que es un `presupuesto´ sine qua non del

⁴ La Administración pública se vale de las personas naturales para resolver los asuntos que le están atribuidos. La voluntad entonces es la capacidad legal que tiene la administración pública para decidir sobre los asuntos de su competencia; es el ánimo administrativo para hacer alguna cosa, siempre sujeto a la ley y en función del bien común. Es la capacidad de ejecución de la ley en donde se manifiesta la capacidad de mando u ordenación. La voluntad, evidentemente, tiene dos elementos: 1) Subjetivo, constituido por el ánimo, comprensión o parecer que la persona física, titular del órgano público encargado de decidir, tiene respecto del asunto materia de la resolución; y, 2) Objetivo, identificado por los antecedentes fácticos y jurídicos que obran del proceso, que deben ser tomados en cuenta para la resolución. Patricio Secaira Durango “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 2004. p.180.

acto administrativo, con la finalidad perseguida al expresar esa voluntad...Los elementos del acto administrativo son medios que estructuran y condicionan la voluntad adecuándola para su eficacia jurídica...”⁵.

Ahora bien, podemos decir que la voluntad puede ser de dos clases: Expresa y Tácita;

a) Expresa, cuando las decisiones de la administración se materializan a través de la palabra oral o escrita; y, puede ser: (i) Reglada, cuando su forma de exteriorizar la voluntad está determinada por una norma; y (ii) Discrecional, cuando debe encuadrarse en los límites legales de la libertad de apreciación que la norma jurídica concede a la administración; y, b) Tácita, que es aquella que no se expresa formalmente pero que se sobreentiende del contexto de la expresión utilizada por la administración con base en una norma legal;. Al respecto Marco Morales sostiene que:

En muchas ocasiones, la manifestación de la autoridad, no se expresa ni de manera oral, ni de forma escrita, por tanto hay pronunciamientos tácitos, es decir, pronunciamientos en los que el administrado entiende se trata de un acto administrativo⁶

En la Constitución aprobada el 28 de septiembre de 2008 se puede considerar un acto de voluntad tácita, -no de un acto administrativo- el establecido en el tercer inciso del artículo 137, que manifiesta que una de las atribuciones del Presidente de la República en el proceso de formación de las leyes, es el de sancionar u objetar el proyecto de ley aprobado por la

⁵ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 3ª ed., pag. 278.

⁶ Marco Morales Tobar, “Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana”, Quito-Ecuador, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 102.

Asamblea Nacional, en cuyo caso tiene un plazo de treinta días para expresar su voluntad, sino se pronuncia dentro de este lapso de tiempo se entiende que dicha ley esta aprobada por el Ejecutivo y sin necesidad de otro requisito se promulgará de inmediato en el registro oficial para su aplicación inmediata, en este caso correctamente se hablaría de una sanción tácita.

Más dudoso resulta el artículo 140 de la Constitución (2008) que establece a la Asamblea Nacional la obligación de aprobar, modificar o negar un proyecto de ley enviado por el Presidente de la República con el carácter de urgente en materia económica, en el plazo de treinta días, si la Asamblea no se pronuncia dentro de este tiempo el Presidente lo promulgará como decreto-ley en el Registro Oficial y entrará en vigencia. En este caso no existe voluntad tácita, sino que hay una omisión en el ejercicio de las atribuciones de la Asamblea Nacional.

Entonces se considera que la voluntad expresa es la regla y la voluntad tácita es la excepción.

Para algunos autores, al silencio administrativo, no se lo debe considerar como una manifestación de la voluntad tácita. A este respecto Gustavo Penagos dice:

El silencio administrativo no es una manifestación de voluntad ni expresa, ni tácita. Por consiguiente cuando la Ley le atribuye al silencio la eficacia de una manifestación real de voluntad, en sentido positivo o negativo nos encontramos en

presencia de una voluntad presunta por ministerio de la ley, que no se ha manifestado, pero que produce efectos en derecho...⁷

Por el contrario Roberto Dromí, señala que el “silencio administrativo es presunción de voluntad y también sustitución de voluntad para no dejar desamparado al reclamante....Por el transcurso de un cierto plazo, sin que la administración resuelva, se presume que ha actuado ...”⁸

En nuestra legislación el silencio administrativo está prevista en el artículo 28 de la Ley de Modernización y señala que debe considerarse como una aceptación a la petición del administrado, cuando esta no se pronunciaren el término de 15 días. Es importante señalar que en derecho tributario, al silencio administrativo se lo considera como una aceptación tácita a las pretensiones de contribuyente de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Código Tributario.⁹

⁷ Gustavo Penagos, El Acto Administrativo, Sta. Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 5ª. Ed., 1992, p.379.

⁸ Roberto Dromí, El Acto Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 3ª. Ed. 1997, p. 53.

⁹ La ocurrencia y los efectos del silencio administrativo, son presunciones de derecho; puesto que es el ministerio de la ley el que a través de ellos supone la incuria administrativa para garantizar los intereses del administrado. Por ello la doctrina aprecia que el efecto del silencio administrativo es un acto presunto de la administración, señalando de modo concreto por la ley. Los efectos legales del silencio administrativo tienen como propósito primordial impedir que la administración abuse de sus condición de ventaja frente al administrado, a quien no puede coartarse o impedirse el ejercicio pleno de sus derechos de acceder al servicio público requerido o, de oponerse, en sede administrativa o judicial a la negativa, desconocimiento o no reconocimiento del derecho cuyo reconocimiento se ha petitionado o

Ahora bien, la voluntad de la administración pública se manifiesta en los actos emanados de ella, los mismos que pueden expresarse generalmente en forma escrita, pero también oralmente, cuando hay la ausencia de un documento escrito y se materializa cuando los agentes de policía por ejemplo, cumplen en desempeño de sus funciones diarias, al organizar el tráfico vehicular; y por último existen los actos con signos, es decir con dibujos o señales corporales exteriorizadas mediante banderas, luces de tránsito, aéreas, carteles y hasta con mímica.

Rafael Bielsa al respecto señala que:

En principio, todo acto que crea o modifica o extingue derechos debe ser escrito y formal. Importa advertir, por de pronto, que a diferencia de los que ocurre en la esfera del derecho privado, donde, en general, los actos jurídicos no tienen necesidad de formalidades determinada por ley – pues las personas que los realizan expresan su voluntad en la forma que quieren, por escrito o verbalmente, a menos que la ley disponga lo contrario y deban ser realizados con arreglo a formas legales- en la del derecho administrativo la observancia de la forma es la regla.¹⁰

Es necesario señalar que el acto administrativo expresado en forma escrita, es un medio probatorio, que garantiza la estabilidad de las relaciones jurídicas entre el administrador y el administrado.

reclamado. Patricio Secaira Durango, Curso de Derecho Administrativo, Quito-Ecuador, Editorial Universitaria, 2004, p.210.

¹⁰ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, 6ª. Ed., Edt. La Ley, 1980, p.67.

1. Requisitos y elementos para la emisión de la voluntad administrativa.

Previo a que la voluntad administrativa se exteriorice, deberá cumplirse con ciertos requisitos o contener elementos determinados como son:

1.1.- Competencia.- La competencia¹¹ son las atribuciones que tienen los órganos de la administración señaladas en el derecho positivo para dictar un acto administrativo investido de legitimidad. Dromí al definir la Competencia manifiesta:

La Competencia de los órganos administrativos es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confiere la Constitución Nacional, ... los tratados, leyes y los reglamentos ... Es decir, es el conjunto de facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente¹².

La Constitución (2008) el artículo 226 señala que las instituciones del Estado no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley; así mismo los artículos 84, 85 y 86 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, recogen las características de la competencia manifestando que es

¹¹ Manuel María diez, “El Acto Administrativo”, Buenos Aires Argentina, Editorial TEA, 1961, p.165. La Competencia es el conjunto de facultades de que es titular el Estado. La competencia no es una cualidad jurídica sino una cantidad. Todo órgano no tiene abstractamente la posibilidad de ejercer el derecho del Estado sino solamente la parte que entra en su competencia. El concepto de competencia no substituye al de capacidad sino que se le superpone. El Estado es siempre un sujeto capaz de la competencia de un determinado órgano, por lo que no puede ser ejercida por el estado sino mediante ese órgano.

¹² Dromi, (1995) p.209.

irrenunciable excepto en los casos de delegación y avocación; y, que la misma se aplica de acuerdo a la materia, al territorio y al tiempo, es decir, que órgano es el encargado de aplicarlo, el lugar físico en que puede hacerse y el lapso en el que se debe desarrollar la actividad administrativa, se debe aclarar que la competencia en razón del tiempo es permanente en cuanto el órgano puede ejercer las atribuciones que le han sido conferidas y de manera excepcional se la limita por un lapso determinado.

Es menester señalar además que todo acto administrativo debe ser emitido tanto por un órgano competente como por una autoridad que tenga la representación de dicho órgano, ya que no es posible pensar que todo funcionario público sea competente para emitir un acto administrativo de cualquier índole. A este respecto Bielsa manifiesta:

El acto administrativo es, según lo hemos definido, decisión de autoridad administrativa; pero no basta que él emane de una autoridad administrativa, sino que es necesario, además, que ella tenga aptitud legal, o sea competencia para realizar el acto, o que lo ejecute en cumplimiento de sus propias funciones y atribuciones legales¹³.

Por todo lo expuesto, es importante señalar que la competencia, debe contener las siguientes características, según señala el maestro Roberto Dromi:

¹³ Rafael Bielsa, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires Argentina, 6. ed. Editorial La Ley, 1980 p.28.

Expresa: Tiene origen legal, porque debe originarse del ordenamiento jurídico de cada Estado, es decir, de la ley, decretos, reglamentos, ordenanzas, ya que el derecho positivo es la que otorga una diversidad de atribuciones a cada órgano y el que no tenga esas facultades no podrá emitir actos administrativos. La competencia del derecho público es similar a la capacidad del derecho privado, pero se diferencian en que en el segundo, la regla general es la capacidad y la excepción la incapacidad, en cambio en el derecho publico la competencia es la excepción y la incompetencia la norma, con esto se quiere decir, que los órganos de administración no pueden asumir atribuciones mas allá de las otorgadas por la norma de derecho, este principio esta consagrado en el artículo 226 de la Constitución (2008).

Improrrogable e indelegable: Por regla general las atribuciones administrativas de cada órgano estatal no pueden extenderse o ampliarse mas allá de lo establecido en el ordenamiento jurídico de cada Estado, y tampoco puede ser encomendado a otros órganos distintos del establecido en la ley; ya que como lo explica Dromí.

Porque hallase establecida en interés publico y surge de una norma estatal, no de la voluntad de los administrados, ni del órgano-institución, ni del órgano-individuo. El órgano-institución no puede disponer de ella, sino que debe limitarse a su ejercicio, en los términos que la norma respectiva establezca¹⁴.

Los artículos 56, 58 y 84 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva señalan que son indelegables las competencias que se ejerzan por

¹⁴ José Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 4., 1995, pp. 255-256.

delegación y las competencias constitucionales del Presidente y del Vicepresidente de la Republica, respectivamente.

Pero esta puede ser prorrogable y delegable siempre y cuando exista norma legal o reglamento que permita tales situaciones, en la Constitución ecuatoriana de 1998 en los artículos 157, 169 inciso tercero y 215 se delega varias atribuciones de ciertos órganos; y, existe transferencia de competencia como la delegación, la avocación, la sustitución y la suplencia consagradas en los artículos 55, 60, 62 y 63 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

La delegación, es la atribución que tiene una autoridad de transferir el ejercicio de su competencia a una autoridad jerárquicamente inferior sin perderla. Algunos autores manifiestan que la delegación debe existir en un Estado de organización centralizada, en que la competencia esta dividida entre pocos órganos fundamentales para mejorar el desenvolvimiento de la función, ya que de lo contrario existiría una mala organización del Estado. En el Ecuador el marco jurídico de la delegación se encuentra en el artículo 55 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

La avocación, con respecto a la autoridad que conoce, es contrario al de la delegación, en virtud de la cual, una autoridad superior asume la competencia de una autoridad

jerárquicamente inferior, salvo norma legal en contrario, es importante señalar que la avocación produce efectos desde su notificación.

La sustitución se presenta cuando una autoridad superior común a dos órganos traspasa la competencia de un órgano al otro en procedimientos concretos, por considerar conveniente al servicio que se está prestando por el Estado. Dromi señala que “...La sustitución solo procede cuando se permite la transferencia de competencias por avocación y delegación. Se aplican, supletoriamente a la sustitución, las reglas de la avocación y delegación...”¹⁵

La suplencia se presenta en el caso de que una autoridad por ausencia temporal o definitiva no pueda ejercer su competencia y el órgano o autoridad nominadora deberá cubrir tal ausencia por el suplente previsto en el ordenamiento jurídico, y de no hacerlo en el plazo de cinco días deberá asumir estas atribuciones el órgano inmediatamente superior. “El suplente sustituye al titular para todo efecto legal, y ejerce las competencias del órgano con la plenitud de facultades y deberes que ellas contienen”¹⁶; la Constitución ecuatoriana (2008) en los artículos 146 y 150 preceptúa la subrogación del Presidente de la República por el Vicepresidente en el caso de falta definitiva del primero; y en caso de ausencia temporal del

¹⁵ Dromi, ob. cit., p.259.

¹⁶ Ibid.

Vicepresidente este será subrogado por el Ministro de Estado que designado por el Presidente de la República.

Con esta característica de la competencia lo que la doctrina persigue es la existencia de seguridad jurídica en un Estado, ya que ninguna autoridad por ningún motivo podrá negarse a desempeñar sus funciones, esto con el fin de precautelar el interés público de los administrados y proteger los derechos fundamentales de los hombres y mujeres, principio consagrado en el artículo 11 de la Constitución (2008), en concordancia con el artículo 18 del Código Civil ecuatoriano con respecto a que no se podrá alegar falta de ley para violar o desconocer derechos consagrados en la Constitución y para negar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley por parte del juez o tribunal; por tanto la competencia es indeclinable. En este sentido el artículo 84 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en forma expresa señala que la competencia es irrenunciable, salvo los casos de delegación o avocación analizados anteriormente.

En resumen se puede manifestar sobre la competencia lo señalado por Villegas Basavilbaso:

La competencia administrativa obedece a estos tres principios fundamentales:

- 1) Esta determinada por el Derecho objetivo y, en consecuencia, ninguna competencia puede existir en el ámbito del Derecho Administrativo sin una regla de Derecho Administrativo que la regule.
- 2) Se establece en el interés público y no en el interés privado, y por ello tiene carácter improrrogable.

3) La competencia pertenece al órgano y en ningún caso a la persona que lo representa como titular. La competencia es un atributo del órgano administrativo, nunca de investido en la calidad del órgano.¹⁷

1.2. Causa.- La causa¹⁸ son los motivos por lo cuales la administración pública debe exteriorizar su voluntad a través del acto administrativo, sobre la causa según Juan Carlos Cassaigne¹⁹: señala que en el Derecho Administrativo como elemento autónomo del acto, constituye uno de los puntos más controvertidos de la teoría del acto administrativo, ya que existen teorías desde quienes consideran que la causa no es un elemento esencial ni autónomo del acto, sino un requisito de la voluntad o modo particular de expresión de la misma, hasta aquellos autores que postulan una identificación de la causa con el fin de interés público que debe seguir el acto.

A pesar de las diferentes teorías que se mantienen sobre la naturaleza jurídica de la “causa” dentro del acto administrativo, considero que la causa es el motivo por el cual la

¹⁷ Enciclopedia Jurídica OMEBA, pág 333.

¹⁸ No es otra cosa que la suma de antecedentes que exigen la emisión de la voluntad administrativa; es la razón o motivo por la cual la administración pública se ha puesto en movimiento. Puede ser que esta se genere por expresa petición de un administrado o por necesidad de la propia administración; las dos posibilidades requerirán del pronunciamiento del órgano público con capacidad para hacerlo. Patricio Secaira Durango “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 2004. p.187.

¹⁹ Juan Carlos Cassaigne, Derecho Administrativo, Edit. LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, Ed. 7^a. 2002, p.103.

administración se pone en marcha para la emisión de su voluntad, a través del análisis de los hechos y la normativa aplicable al caso determinado.

La causa dentro de la esfera de la voluntad según Rafael Bielsa²⁰, está notablemente limitada por dos razones: 1º, porque no puede tener otra dirección que el fin de la institución administrativa; 2º, porque no pueden hablarse de intención o causa impulsiva, ya que ella no puede ser sino el interés público, aun cuando se genéricamente considerado.

La falta de causa en los actos administrativos como si los hechos no se justifican para la expedición del acto o los mismos son falsos, producen como efecto la nulidad absoluta; pero si dichos antecedentes no son exactos, los efectos que producen es la anulación o convalidación.

1.3.- Objeto: El objeto es el contenido del acto administrativo, es la aceptación, negación, certificación, orden, etc.²¹ de una situación jurídica, que la administración mediante su acción voluntaria hace conocer al administrado. También dentro del contenido se encuentra

²⁰ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, 6ª. Ed., Edt. La Ley, 1980, p.43.

²¹ Marienhoff S., ob. cit., p. 298... el “contenido” de un acto administrativo puede ser positivo o negativo, en cuanto mediante el acto se puede aceptar o rechazar una solicitud, o se puede disponer que se realice algún hecho o acto, o puede negarse tal realización... el acto de contenido negativo es tan acto administrativo como el de contenido positivo ... el “contenido” del acto es exactamente lo mismo que “objeto” del acto, por lo que ambos son términos equivalentes o sinónimos.

el procedimiento y antecedentes que procedieron para la disposición que adoptó la administración y esto es lo que diferencia a un acto administrativo de otro.

En el contenido del acto administrativo se distinguen tres partes y son: contenido natural o necesario, contenido implícito y contenido eventual; esta diferenciación que analizaremos es importante, ya que sirve para individualizar los actos y ajustarlos a las disposiciones de la normativa jurídica vigente.

El contenido natural, es el que obligatoriamente forma parte del acto, ya que en este se encuentra la decisión concreta de la administración y necesaria para que produzca los efectos jurídicos esperados, ya que sin ello carecería de existencia. Así en una autorización de salida de país, el acto de la autorización debe expresarse claramente si se autoriza o no salir de país, caso contrario el acto no sería eficaz.

El contenido implícito es aquel que sin ser insinuado en el acto se considera que está implícitamente incorporado al acto, ya que la norma que regula su procedimiento así lo dispone; un ejemplo sería cuando la Procuraduría o la Contraloría absuelve una consulta de alguna entidad pública, su criterio es de cumplimiento obligatorio para la entidad, aunque en el acto estos organismos de control no lo señalen.

El contenido eventual son disposiciones adicionales de la administración al contenido natural de acto, y sirve para que se produzca un efecto diferente a los normalmente efectuados, es decir, el contenido eventual puede modificar los efectos jurídicos normales de un acto; por ejemplo, el Presidente de la Republica mediante Decreto Ejecutivo ordena que los días viernes no se movilice ningún vehículo perteneciente al Estado, pero autoriza la salida de los vehículos cuando se presente un caso de emergencia, en este caso el acto está condicionado a que surja un acontecimiento futuro e incierto que determine la salida de vehículos.²²

Se puede concluir diciendo que el contenido natural e eventual dependen de la voluntad del órgano administrativo y el contenido implícito se fundamenta en la ley.

Así mismo el contenido natural e implícito son los necesarios para que el acto produzca los efectos jurídicos normales y en cambio el contenido eventual puede faltar para aumentar o disminuir los efectos de los actos normales.

El objeto para ser valido debe ser lícito, posible y determinado. Lícito porque no debe contrariar ninguna norma del ordenamiento jurídico de cada Estado. Posible, porque su

²² El objeto comprende: las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo (contenido natural); las cuestiones mandadas a contener por imperio de la ley (contenido implícito), y las cláusulas que la voluntad estatal pueda introducir adicionalmente en forma de condición, y termino y modo (contenido eventual). Dromi, (1995), p.214.

contenido debe ser aplicado oportunamente y su cumplimiento no debe ser ni física ni jurídicamente imposible; y determinado o determinable, es decir que pueda precisar la disposición adoptada por la administración, en cuanto a la persona, cosa, tiempo y lugar.

El artículo 121 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo señala la estructura y el contenido que deben contener los actos administrativos, el cual manifiesta que los actos administrativos según su naturaleza deben ajustarse a los procedimientos establecidos para cada paso (actos administrativos, normativos o de simple administración) y enumera los elementos sustanciales que debe contener el acto: como son la indicación del titular del órgano, la norma que atribuye la potestad al órgano y a su titular de expedirlo, la indicación clara de los fundamentos de hecho y las normas aplicables, así como las indicaciones de los actos de simple administración y de los informes que han conformado el procedimiento administrativo previo a la expedición del acto.

1.4.- Finalidad.- La administración debe desempeñar sus funciones de conformidad con la competencia que le otorga la ley, sin perseguir otras de diferente orden, ya sean públicas o privadas, ya que de lo contrario éstas viciarían el acto al perseguir un fin distinto al señalado por el legislador. Estas desviaciones, no vicios no pueden beneficiar ni

personalmente a la autoridad que emitió el acto ni a un tercero y peor a la propia administración²³.

1.5.- Razonabilidad.- Los actos que emanan de la administración pública deben ser razonables o coherentes en base a dos circunstancias: a) de hecho y de derecho; y b) en base a la proporcionalidad. Con respecto a la primera, la autoridad administrativa debe de tener coherencia, pues los hechos que le van a servir para tomar una decisión deben responder a las normas aplicables al caso determinado, ya que no puede un acto ser razonable si sus considerandos o antecedentes de hecho no concuerda con las normas a aplicarse, esto equivaldría a resolver una situación distinta y contradictoria. La segunda, tiene que ver con la falta de proporcionalidad, cuando la autoridad impone una carga mayor a la inexcusable al administrado esta se vuelve injusta, de igual manera ocurre cuando el funcionario se extralimita empleando medios mayores a los necesarios para el cumplimiento de su función. Por lo que las medidas utilizadas por la autoridad pública deben ser proporcionales a los fines y el espíritu de la norma creada por el legislador, ya que donde no hay proporcionalidad no se puede hablar de razonabilidad sino por el contrario se puede decir que el acto es absurdo, arbitrario y contradictorio.

²³ El fin del acto administrativo debe enraizarse e integrarse con el fin último que la ley se propuso al otorgar la potestad en cuyo ejercicio aquél se dictó, y en tal sentido debe precisarse que el fin del acto es un presupuesto de legalidad. Es por ello que la desviación de poder se configura siempre que el órgano administrativo persigue con el acto que dicta un fin distinto al señalado por el legislador. Cám. Fed. Cordova, Sala Civ. Y Com.,. Cita extraída Dromi, Ibid., p. 57.

1.6.- Debido Proceso.- La Constitución Política aprobada en el 2008, en el artículo 76 garantiza el derecho a toda persona a contar con el debido proceso, esto en el ámbito administrativo, civil y penal, garantía que otorga al administrado otros derechos constitucionales como el derecho a la seguridad jurídica y al de la legítima defensa. En el ámbito administrativo como no puede ser de menos la garantía del debido proceso debe y se encuentra garantizada en todos los procesos administrativos que suprimen otorgan o modifican derechos subjetivos, así entonces en algunos procesos, la autoridad encargada de emitir un acto debe de contar con informes aprobaciones y autorizaciones para adoptar su decisión o voluntad en un hecho determinado, debiendo todo acto estar debidamente motivado y justificado, sustentado en las razones de hecho y de derecho por las que se adopta la decisión.

1.7.- Ausencia de Error, Dolo y Violencia.- Este tema lo vamos a desarrollar detenidamente en el siguiente capítulo por ser el tema del presente trabajo.

1.8 .- Autorización. Es el acto previo²⁴ por medio del cual, la administración elimina un obstáculo jurídico para que la administración pueda hacer posible el ejercicio de un derecho o de un poder que pertenecía al beneficiario, cuando la hubiese.

²⁴ El acto de autorización es unilateral, aunque se dicta a instancia del interesado. Es también necesariamente previo al acto o hecho que realizará la persona autorizada. Esto lo diferencia claramente de la aprobación. Además, como simplemente habilita para realizar un acto o hecho o ejercer un derecho, el interesado queda en libertad de decidir si lo realizará o no; el otorgamiento de la autorización no le obliga a ejecutar lo autorizado. Enrique Sayaguez

Las autorizaciones pueden ser otorgadas a particulares, en razón de necesidades de policía, ejemplo, la autorización de funcionamiento de un establecimiento de comidas; y, a personas públicas en razón de un control administrativo.

La autorización en principio debe ser expresa, pero puede ser tácita o presunta en el caso de que la Administración no se pronuncie dentro del plazo establecido en las normas positivas, por lo cual se reputa otorgada y el administrado está en libertad de actuar, por ejemplo el artículo 13 del Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas dictado mediante Acuerdo Ministerial No. 389 publicado en el R.O. No. 671 de 26 de septiembre de 2002, señala, que las solicitudes de autorización a las que se refiere el reglamento, deberán ser atendidas dentro de los plazos que fije la ley o dentro de lo estipulado en los contratos o en su defecto dentro del término de quince (15) días de recibido el pedido. El silencio administrativo se entenderá como favorable para el peticionario.

El acto de autorización debe obtenerse previo a realizar el acto o hecho, caso contrario tales actos o hechos son ilícitos y dan lugar en algunos casos a la imposición de sanciones, sin perjuicio de la invalidez del acto. El acto jurídico realizado sin autorización está viciado y puede anularse. Así mismo las autorizaciones pueden ser revocadas en cualquier momento, en razón del interés público.

Laso, Tratado de Derecho Administrativo, I, Montevideo, Editorial Talleres gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1963, p. 415.

1.9.- Aprobación. Es el acto por medio del cual, la administración fiscaliza los actos jurídicos de otro órgano público. La aprobación valora la conveniencia y legitimidad²⁵ del acto y por ende si este está conforme a Derecho, es decir, para que puedan cumplir con los intereses generales²⁶. La aprobación es una forma de control preventivo que se realizan antes que el acto tenga existencia jurídica, o cuando ya formado todavía no produce sus efectos jurídicos. El órgano encargado de controlar el acto administrativo solo puede aprobarlo o rechazarlo, pero en ningún momento está facultado para reformarlo, pero si puede condicionar su validez con la adopción de algunas reformas. Por ejemplo la aprobación por parte del Municipio de declarar un bien inmueble en propiedad horizontal.

Para algunos autores, la aprobación se la considera como el acto que va a integrar el acto principal, por lo que el acto no está perfecto hasta que se cuenta con la aprobación, así configurándose un acto complejo, y para otros autores como Dromi y Diez²⁷, consideran que

²⁵ Roberto Dromí, Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 4ª. Ed. 1995, p. 135.

²⁶ Sayagués, ob. cit., p. 418. manifestación que en la doctrina existen dos corrientes que presentan importantes divergencias, pues proyectan consecuencias distintas en varios aspectos. Así, admitiendo que la aprobación integra el acto, los efectos de este comienzan a partir de aquella, pues recién en ese instante el acto queda perfeccionado; en cambio, los que la consideran solamente un requisito para la ejecutividad o efectividad del acto, le atribuyen efecto retroactivo a la fecha de este último.

²⁷ Diez, ob. cit., p. 136. La doctrina que establecería que el acto de aprobación formaba con el aprobado un acto complejo, sostenía que el acto aprobado no tenía validez hasta la aprobación, se refuta esta teoría porque no existe, en realidad, la fusión de voluntades del ente controlante y el controlado, y falta, además, la unidad de fin que es característica esencial del acto complejo. El acto aprobado tiene un determinado fin práctico: el de

la aprobación no es un acto complejo, sino que intervienen dos voluntades consecutivas con el fin de producir un efecto jurídico inmediato, pero las voluntades no se funden, son actos sucesivos distintos.

1.10.- Reglas técnicas. Todo proceso está enmarcado dentro de reglas en un campo y la omisión o inobservancia de ellas, puede llevar incluso a su ilegitimidad; es razonable entonces que todo proceso administrativo conlleve principios lógicos y reglas técnicas que permitan la obtención de verdaderos procesos administrativos.

aprobación controlando la legitimidad y conveniencia, tiende a establecer si del acto aprobado puede derivarse un daño para la administración.

Crf. Dromi, (Derecho Administrativo) ob. cit., p. 310.

CAPITULO II

TIPOS DE VICIOS DE LA VOLUNTAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO

La doctrina al desarrollar los tipos de vicios que se pueden encontrar en el proceso de formación de la voluntad de los actos administrativos y especialmente Agustín Gordillo en su Tratado de Derecho Administrativo los ha dividido en dos grandes grupos, que son: a) Los vicios de índole objetivo, que son aquellos que involucran a los vicios que se encuentran en los antecedentes de hecho y a las normas jurídicas aplicables en el proceso de formación de la voluntad; y b) Los vicios de índole subjetivo, que se refieren a los problemas de comprensión, estado anímico de la persona que se encuentran desempeñando un cargo y que esta obligada a adoptar una decisión por las funciones que desempeña en la administración pública; por lo que a continuación analizaremos con detalle cada uno de estos tipos de vicios²⁸.

²⁸ La voluntad administrativa es pues un concurso de elementos subjetivos (la voluntad de los individuos que actúan) y objetivos (el proceso en que actúan y las partes intelectuales que aportan a la declaración). Los vicios de la voluntad, por lo tanto pueden aparecer tanto en la declaración, como, por fin, en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración. Augusto Gordillo Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª. Edc., Tomo 3, 2000, p. IX-2.

1.- VICIOS DE TIPO OBJETIVO.- Para Agustín Gordillo, dentro de esta Clasificación encontramos 3 sub-clasificaciones: 1) Vicios en el origen de la voluntad, 2) Vicios en la preparación de la voluntad; y 3) Vicios en la emisión de la voluntad.

1.1.- VICIOS EN EL ORIGEN DE LA VOLUNTAD.-

Aquí se encuentran los actos viciados en la voluntad que proceden de un usurpador o de un funcionario de hecho.

Un funcionario es de hecho, cuando específicamente ocupa un cargo, fundamentándose en un nombramiento irregular; es decir, que el acto de su nombramiento no reúne los requisitos indispensables para ocupar dicho cargo, por causas de índole legal como por ejemplo que no tenga la edad y la profesión para ocupar el cargo que ostenta, o que el mismo acto se encuentre viciado en su formación y esto afecta en la perfección del acto, como por ejemplo, si el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social de conformidad con las atribuciones establecidas en el numeral 10 del Art. 208 de la Constitución vigente (2008), nombra como Superintendente de Bancos y Seguros, a una persona distinta de las que consta en la terna enviada por el Presidente de la República, siempre que dicha terna cumpla con todos los requisitos exigidos en la Constitución y ley. Así mismo es funcionario de hecho cuando alguien sigue desempeñando sus funciones al encontrarse suspendido o ya se cumplió el periodo para el cual fue designado. En estos casos los actos son anulables o de nulidad

absoluta, dependiendo de las circunstancias, pero si se comprobare que la persona que ocupa alguna función con la apariencia de legítimo, lo realiza de forma dolosa o de mala fe, a más de viciado el acto de designación, sus actuaciones no son válidas, por el contrario si se establece que no existió una mala fe, por parte de quien ocupa un cargo en forma ilegítima, sus actuaciones son válidas; el Tribunal Constitucional en varias de sus resoluciones ha señalado que cuando a una persona se le extiende un nombramiento sin que se realice por parte de la autoridad nominadora el concurso de mérito y oposición exigido en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSSCA), el funcionario beneficiario no es responsable de dicha inobservancia, ya que es responsabilidad exclusiva de la autoridad nominadora, no debiendo sufrir el funcionario las consecuencias de la omisión de trámite de la administración, esto siempre y cuando no se comprueba su actuación dolosa, o el desconocimiento de las irregularidades para otorgarle el nombramiento; esta situación en la práctica es de difícil comprobación²⁹.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, consagra el principio de buena fe de los administrativos y el artículo 101 señala que la Administración Pública Central sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de legalidad, eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la ley y al derecho. Igualmente, deberá respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima.

²⁹ Resolución adoptada por el Tribunal Constitucional dentro del caso No. 0700-07-RA,

El Usurpador, es aquel individuo que ejerce un cargo sin que tenga de por medio un acto o nombramiento regular o irregular, y al contrario del funcionario de hecho, se caracteriza por que no tiene la apariencia de legítimo, y sus actos son válidos siempre y cuando hayan ejercido plenamente el poder de gobierno, por cierto plazo de tiempo y sus actuaciones han sido admitidas por la mayoría del pueblo, pero cuando no llegaron a ejercer el poder, las actuaciones de estos entes se caracterizan por ser inexistentes, estas circunstancias se presentan en los procesos revolucionarios dentro de los estados, cuando por medio de golpes de Estado, derrocan gobiernos, en Ecuador esta situación se la puede ejemplificar con claridad en el año 2000, cuando luego de un feriado bancario decretado por el Dr. Jamil Mahuad, Presidente Constitucional de la República, y luego de un levantamiento indígena en la ciudad de Quito, se desconoció las funciones del Estado y se constituyó una Junta de Salvación Nacional conformado por un militar en la persona del Coronel Lucio Gutiérrez, un dirigente indígena Antonio Vargas, Presidente de la CONAIE, y el Dr. Carlos Solórzano, ex – Presidente de la Corte Suprema de Justicia, que a pesar de emitir varios decretos, por no ejercer a plenitud el poder del Estado, los actos de esta Junta fueron inexistentes, ya que el Congreso Nacional, con el apoyo del alto mando de las fuerzas armadas, posesionó al mando de la Función Ejecutiva, al Vicepresidente de la República, hasta ese entonces Dr. Gustavo Noboa, desplazando en forma definitiva al triunvirato³⁰.

³⁰ ...si se trata de un gobierno revolucionario que se mantuvo totalmente imperante durante un período de tiempo suficiente como para ejercer plenamente el poder, pero luego es derrocado, sus actos serán nulos o anulables, pero no inexistentes. Si, finalmente se trata de una corta y fracasada intentona revolucionaria y en general de cualquier usurpación que no alcanzan a modificar la normativa institucional media, los actos podrán ser inexistentes. Son

1.2.- VICIOS EN LA PREPARACIÓN DE LA VOLUNTAD

Cuando se habla de esta clase de vicios, se refiere a las formalidades que la administración esta obligada a cumplir para poder exteriorizar su voluntad, ya que la omisión o falta de cumplimiento de los procedimientos establecidos en la normativa jurídica vicia el acto administrativo.

En la doctrina a esta clase de vicios, se los ha denominado de distintas maneras, pero en esencia se refieren a los procedimientos o formalidades que requiere el acto para expresar la voluntad de la administración, para algunos autores no se los puede considerar como vicios, ya que al no existir el respeto a los requisitos para la formación de la voluntad se encuentra frente a un acto inexistente, por lo que no se puede considerar como voluntad, a una decisión que nunca nació. Héctor Jorge Escola, al respecto señala:

...en el sentido de que no cabe analizar estas situaciones como vicios de la voluntad, bajo el argumento de que se trataría de actos inexistentes por carencia de voluntad administrativa. Como se advierte en el texto y sus referencias, la voluntad puede existir aunque viciada, sea total o parcialmente, sea en forma leve, grave o

así solamente las asonadas que sufren el fracaso de las armas las que no resultan también victoriosas en lo jurídico. Es que la aparente percepción colectiva en el ámbito forense pareciera recibir como distinta la naturaleza de la usurpación al variar la apariencia de legitimidad del individuo o grupo actuante y el poder material –esto es, el ejercicio efectivo de la función – de que en los hechos disponga. Agustín Gordillo, Tratado de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª. Ed. Tomo 3, 2000, p. IX-4.

grosera, dando lugar en consecuencia a cualquiera de los distintos tipos de nulidad que según el caso corresponda.³¹

Como ha se ha manifestado la forma es la materialización o exteriorización de la voluntad de la administración y tiene como finalidad hacer conocer el objeto del acto administrativo al administrado. Manuel María Díez manifiesta “Mediante la forma, el elemento psicológico y subjetivo se convierte en físico y objetivo”.³²

Para tener una mayor claridad del concepto, es necesario señalar lo que dice Rafael Bielsa:

El concepto de forma puede tomarse, desde luego, en distinto sentido y con diversa extensión, pues la forma se refiere a requisitos necesarios para la existencia, la validez y la eficacia jurídica de los actos. Pero debe entenderse por forma la estructura del acto, atendiendo a la expresión forma de voluntad administrativa del órgano.³³

De todo lo transcrito podemos establecer que la falta de forma fijada por la ley trae como consecuencia inmediata la nulidad del acto.

Dentro de la forma no solo se debe enfocar el procedimiento de emisión del acto administrativo sino también al procedimiento de defensa de los actos administrativos o

³¹ Héctor Jorge Escola, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires- Argentina, edt. Delpalma, 1975, p.85.

³² Manuel María Díez, El Acto Administrativo, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires-Argentina, Tomo I, Edt. Drifkill S.A., 1963, p.338.

³³ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, 6ª. Ed., Edt. La Ley, 1980, p.66.

también llamados procedimientos de impugnación desde el punto de vista del administrado, y así lo consagra el artículo 173 de la Constitución (2008) al preceptuar que los actos administrativos generados por el Estado pueden ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.

El artículo 123 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva señala sobre la forma de los actos administrativos manifestando que los actos se producirán por escrito y en el caso de que se ejerza la competencia en forma verbal se la deberá reducir a escrito y estará debidamente firmado por la autoridad o funcionario que haya realizado el acto verbalmente, ejemplo sería el parte que entregan los policías a sus superiores sobre las novedades que se presentaron durante la jornada de trabajo o vigilancia.

Dentro del proceso de formación material de la voluntad de la administración previo a emitir el acto administrativo correspondiente, no solo se debe cumplir con los requisitos exigidos en la norma jurídica vigente, sino que además se debe respetar y ejecutar los requisitos que no se encuentran taxativamente detallados en el ordenamiento jurídico, es decir, aquellos que son intrínsecos de los actos administrativos, requisitos que deben cumplirse antes de materializar la voluntad, y no luego, dentro de esos requisitos se encuentran los derechos y garantías consagrados en la Constitución, como es el derecho a la legítima defensa, al debido proceso, a que todo acto debe estar motivado, al de igualdad

ante la ley, a que todas las pruebas dentro de un proceso para que sean válidas deben ser obtenidas sin violación al ordenamiento jurídico positivo del país.

El artículo 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, señala que los actos que no cumplen con los derechos consagrados en la Constitución y la ley son nulos de pleno derecho y enumera las causas que vician estos actos y son: a. Los que lesionen, de forma ilegítima los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República; b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio; c. Los que tengan un contenido imposible; d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no; f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y, g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

En concordancia con lo estipulado en el artículo 424 de la Constitución de la Constitución vigente (2008), que señala que serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley,

y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Así mismo dentro de estos vicios previo a la emisión del acto, se encuentran los dictámenes, que cuando estos son vinculantes y no se cumplen, el acto administrativo es nulo de pleno de derecho.

Para Manuel María Díez. los dictámenes son actos que contienen informes de carácter técnico, económico, jurídico, etc; que están destinados como actos preparatorios de la manifestación de la voluntad de la administración. Los dictámenes pueden ser de tres clases: 1) Facultativos: que son aquellos que el órgano activo no está obligado a solicitar para formar la voluntad de la administración, a estos actos se los denomina también voluntarios; 2) Obligatorios; son aquellos que a diferencia de los anteriores, el órgano ejecutivo antes de emitir su decisión debe de contar con el informe del órgano consultivo que la normativa legal haya fijado para cada caso, independientemente que el órgano acepte o no tal dictamen, pero la omisión de este requisito hace que el acto sea nulo; y, 3) Vinculantes; que son aquellos en donde la normativa legal exige al órgano activo solicite el dictamen al órgano consultivo antes de emitir su decisión final, y las conclusiones del dictamen debe ser acogida por el órgano activo en forma obligatoria.

Cabe señalar que tanto los dictámenes facultativos como los obligatorios, son considerados como actos de simple administración y por lo tanto no serían impugnables, de conformidad con el artículo 174 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; pero se presenta una situación particular en los dictámenes vinculantes, que son los que perfeccionan el acto principal es decir aquí se transforma en un acto complejo, y por lo tanto el dictamen vinculante como el principal son actos finales y por lo tanto son impugnables.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 72, señala el contenido que deben tener los dictámenes y son: a) resumen de la cuestión objeto de la consulta; b) relación de los antecedentes que servirán de elementos de juicio para resolver; c) opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada; y, d) los informes, por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancias que hayan sido requeridos.

1.3.- VICIOS EN LA EMISIÓN DE LA VOLUNTAD

Esta clase de vicios se manifiestan en el proceso de materialización de la voluntad de la administración, pero al existir diferentes órganos o una o más voluntades para la declaración de la voluntad de los actos administrativos, para mejor comprensión de esta clasificación la estudiaremos desde un punto de vista subjetivo, es decir, por el órgano que

emite su voluntad dejando de un lado por esta vez, al número de personas o voluntades que participaron en la emisión del acto administrativo, y encontramos los siguientes:

Los actos simples son aquellos en los que la declaración de la voluntad se manifiesta por medio de un solo órgano o entidad, sin tomar en cuenta el número de funcionarios que participan en la formación de éste; y, puede ser constituido por una sola persona física o por un órgano colegiado, este último sin dejar a parte las diferentes opiniones y/o voluntades de cada uno de sus miembros que concurren a formar un solo acto. Enrique Sayagues Laso al respecto manifiesta:

Los actos...emanados de órganos pluripersonales, no son actos complejos. La circunstancia de que el órgano colegiado se pronuncie por mayoría, es decir, por una suma de voluntades individuales, es un fenómeno exclusivamente interno del órgano en el proceso de formación de su voluntad; pero esta es una sola y por lo tanto, solo con ella basta para la formación del acto, este es simple.³⁴

Un ejemplo de acto simple es la destitución de un funcionario público por parte de la autoridad nominadora de la institución.

Los Actos Complejos, en cambio son aquellos en los que para su formación necesitan la intervención de diferentes voluntades de un mismo organismo o de diferentes entidades, que en forma conjunta o sucesiva se unen para formar una sola declaración de voluntad. Para

³⁴ Enrique Sayagués Laso, Tratado de Derechos Administrativo, Tomo I, Montevideo, Edt. Talleres Gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1963 p. 395.

que exista un acto complejo es obligatorio que haya unidad de contenido y unidad de fin de las diversas voluntades que van a constituir el acto único.

Si las voluntades que intervienen en la formación del acto son iguales, el acto se crea por fusión de las diversas voluntades; si son desiguales, el acto se formará por la integración de la principal en las otras, así mismo se debe de tomar en cuenta que cuando una de las voluntades esta viciada, esto afecta al acto en conjunto, considerándolo nulo, a pesar de la que las otras voluntades no se encuentren viciada, Manuel María Diez, señala que:

En el acto complejo, ...es obligatorio el concurso de determinados órganos, y en mérito de la fusión de voluntades, el vicio de una de ellas invalida todo el procedimiento. En el acto complejo siendo único, constituido por una sola voluntad y acto de un solo sujeto, cualquier vicio, de cualquier parte que provenga, afecta todo el acto.³⁵

La doctrina ha manifestado también, que cuando las voluntades que concurren a la formación del acto complejo y pertenece al mismo órgano, se trata de un acto complejo interno, y por el contrario si las voluntades pertenecen a distintos órganos se llama acto complejo externo.

Por otra parte los Actos Colectivos son aquellos cuyo resultado es la unión de varios voluntades con igual contenido y finalidad, las cuales se adhieren solamente para la

³⁵ Manuel María Diez, El Acto Administrativo, Enciclopedia Jurídica OMEBA, Buenos Aires-Argentina, Tomo I, Edt. Drifkill S.A., 1963.

declaración del acto, pero estas permanecen jurídicamente autónomas³⁶, un ejemplo son los Consejos Directivos, Asambleas, Comités de Contrataciones, etc.

Los órganos colegiados deben reunir ciertos requisitos para la formación de su voluntad y son: **a) La Convocatoria** que es la comunicación mediante la cual se determina la fecha, hora lugar de la sesión y el orden del día que se va a tratar por parte de sus miembros. **b) El orden del día** que son los temas a deliberarse en la sesión por parte de sus miembros, la cual debe ser aprobada al inicio de cada sesión y en este proceso se podrá aumentar o disminuir los temas, pero una vez aprobado por los miembros no se podrá conocer asuntos diferentes; **c) Quórum** es la constitución válida del órgano, por medio de la presencia mínima de sus miembros, el cual está determinado en los respectivos reglamentos, pero debemos de señalar que existen dos clases de quórum, el primero que es necesario para la instalación o constitución del órgano; y, el segundo es el quórum necesario para adoptar una decisión; **d) Las decisiones** deberán ser sometidas a consideración y deliberación de todos sus miembros las cuales serán aprobadas por mayoría; en caso de que uno de sus miembros no comparta con la decisión tomada por el órgano, este podrá votar en contra debiendo fundamentar sus razones del por qué su decisión en contrario, y esto lo eximirá de responsabilidades por los efectos que puedan derivar de tal decisión, si dentro de la discusión o deliberación de un tema uno de sus miembros no hace uso la palabra, esto no vicia el acto, pero el acto puede ser nulo

³⁶ Actos Colectivos son aquellos cuya...voluntad emana de un solo órgano-institución formado por varios órganos-individuos. Roberto Dromi, El Acto Administrativo, Buenos Aires, Edt. .Ciudad de Argentina, 1997, p. 62

si dentro de la sesión no se abre el debate y planteado el tema se voto en forma directa, o también cuando los miembros son consultados por carta y sus decisiones individuales son tomadas a domicilio, existe un vicio que acarrea la nulidad de esa voluntad por cuanto no se cumplió con los procedimientos básicos de esta clase de órganos, como son los requisitos que conlleva una sesión, Agustín Gordillo sobre este particular manifiesta, que la falta de sesión acarrea la nulidad absoluta del acto y la falta de deliberación la anulabilidad.

Manuel María Díez³⁷ señala que no se debe confundir actos complejos con actos colectivos, ya que en el acto colectivo las distintas voluntades no se funden no se unifican como en el acto complejo sino que se unen solamente pero permaneciendo diferentes, y no existiría en estos supuestos uno solo interés, un solo objeto, sino múltiples interese y objetos desiguales y paralelos; otra diferencia es que en el acto complejo es obligatorio el concurso de determinados órganos y en mérito de la fusión de voluntades, el vicio de una de ellas invalida el procedimiento, por el contrario en el acto colectivo existe una sola declaración de voluntad que resulta de la unión de las voluntades de los participantes en el acto, de allí que la invalidez de una de las voluntades que concurren al formar el acto, no influya en la validez de la resolución en los que respecta a las voluntades restantes.

³⁷ Díez, ob. cit, p. 125.

En nuestra legislación el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en sus artículos 44 hasta el 50³⁸ recogen los principios analizados anteriormente sobre el manejo de los órganos colegiados.

2.- VICIOS DE TIPO SUBJETIVO.- Como ya se manifestó en el primer capítulo de esta tesis, y tomando las palabras del Dr. Patricio Secaira Durango, al hablar sobre los vicios subjetivos de la voluntad se refiere al “...ánimo, comprensión o parecer que la persona física, titular del órgano público encargado de decidir, tiene respecto del asunto materia de la resolución”; y, dentro de clasificación encontramos 1) La Desviación de Poder, 2) La Arbitrariedad, 3) El Error, 4) El Dolo, 5) La Violencia ; y 6) La Simulación:

2.1. LA DESVIACIÓN DE PODER.- Con respecto a la desviación de poder, tomaremos algunas definiciones aceptadas por juristas como la de Fernando Prieto que dice:

³⁸ Art. 44.- ORGANOS COLEGIADOS.- Las normas del presente estatuto se aplican al funcionamiento de órganos colegiados de las Administraciones Públicas Central e Institucional de la Función Ejecutiva. Art. 47.- DE LOS MIEMBROS.- Los miembros de los organismos colegiados tendrán derecho, salvo lo que dispongan las leyes que rigen la entidad: a) Ser convocados con un plazo mínimo de 48 horas de anticipación al día de la sesión, debiendo estar a disposición del miembro el orden del día elaborado por el Presidente o quien haga sus veces. Si estuviesen todos los miembros presentes y por unanimidad decidieran sesionar podrán legalmente hacerlo, sin necesidad de previa convocatoria; b) Participar en el debate durante las sesiones; c) Ejercer el derecho a votar, salvo expresa prohibición legal debiendo siempre exponer los motivos que justifiquen su voto o su abstención; ch) Obtener la información que requiera para el cumplimiento de sus funciones; y, d) Todas las demás que le sean atribuidas legalmente. “Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva”

Es aquella actuación de una autoridad dentro de su competencia, es decir, dentro del campo de sus facultades, que utiliza su poder para una finalidad distinta de aquella para la que se le ha concedido³⁹.

La autoridad administrativa, solo puede realizar lo que el ordenamiento jurídico dispone, no puede hacer ni más ni menos, aquí se aplica el principio jurídico, que en derecho público solo se hace lo que le ley prescribe, al contrario del derecho privado que se puede realizar todo excepto lo que la ley expresamente prohíbe: El artículo 226 de la Constitución vigente, recoge este principio en forma muy clara al disponer que “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley...”.

Cuando hablamos de desviación de poder, la autoridad administrativa al estar investida de competencia, utiliza su poder para finalidades distintas a las que el ordenamiento jurídico establece⁴⁰, generando vicios en el acto, Gordillo al respecto señala:

³⁹ Fernando Prieto“ La Desviación de Poder”, <http://www.libertaddigital.com/index.php?action=desaopi&cpn=19154>, 18 de septiembre de 2008. Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la Ley. Augusto Gordillo “Tratado de Derecho Administrativo”, p. IX-23.b.

⁴⁰ La desviación de poder es vicio que afecta al fin. Los poderes administrativos son funcionales, otorgados por el ordenamiento para un fin específico, que es una condición más de su legalidad. Cuando la Administración se aparta de este fin que expresa o tácitamente le asigna la norma, se dice que ha incurrido en desviación de poder.

El administrador tiene su competencia circunscripta a los que las normas determinan, por lo cual la facultad que aquellas le confieren está necesariamente restringida y orientada al cumplimiento de la propia finalidad del sistema normativo. Cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por el sistema, su conducta es por ello sólo antijurídica: no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de las normas sino con la finalidad prevista por ellas.⁴¹

Dentro de la desviación de poder, encontramos tres casos en los cuales las autoridades emiten actos que tienen finalidad distinta a las establecidas en la norma positiva; decisiones que nacen con vicios y causan la nulidad de las mismas. Así podemos ver que el funcionario cuando abusa de su autoridad la puede ejercer para favorecer una finalidad personal, beneficiar a un tercero o grupo; y/o, beneficiar a la propia administración.

Existe una finalidad personal, cuando el funcionario materializa su actuar empujado por un fin vengativo, partidario, favoritista, de lucro, maldad⁴², etc. El art. 94 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su último inciso señala que no son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho, aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un

⁴¹ Gordillo, ob. cit, p. IX-23 y IX-24

⁴² La maldad, la perversidad, el tortuoso y enfermo deseo de perjudicar a otro, de hacer el mal a un ser humano por el puro placer de infligir daño, tiene en lo desviado estrecho parentesco con las agravantes penales en delitos mayores: la alevosía, el sadismo, la premeditación. Por supuesto es uno de los enigmas tan complejos como lo es su opuesto, el espíritu que trata de ser guiado por lo bueno, lo noble, lo bello. El funcionario no está puesto por la ley para satisfacer los desviados y enfermos vericuetos que puedan anidar en su alma, sino para obrar sana, recta lealmente, como ya lo hemos visto bajo otra faceta. José María Boquera Olivier, Estudio sobre el acto administrativo, Madrid, Civitas, 1993, p. 194.

interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.

La finalidad de beneficiar a un tercero o grupo, también llamado en la doctrina un fin extraño, se presenta cuando la autoridad administrativa de igual manera sin inobservar normas jurídicas, con su decisión favorece a un tercero o grupo; Gordillo ejemplifica estos vicios muy acertadamente,

Si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc....También hay desviación de poder...si la expropiación es para incorporar un bien al dominio público para hacer un camino para posibilitar el acceso directo de un finca particular a una ruta nacional.

Y por último el funcionario beneficia a la administración o al bien común, también llamada “fin administrativo distinto al de la Ley”, cuando con un afán de extra protección hacia los bienes o recursos de la administración los resguarda muy celosamente en desmedro de los fines sociales con que se creó la norma jurídica, esta clase de desvío de poder son los más comunes, ya que el administrado en vez de cumplir la finalidad de sus funciones, pone trabas o limita sus servicios, con propósitos errados como el ahorro, la conservación, dejando a un lado la labor fundamental de ayuda y servicio a la sociedad; el ejemplo clásico para esta clase de desviación de poder es el tratar de cobrar el mayor número posible de multas, no para

desalentar el incumplimiento de las normas administrativas, sino para obtener fondos para financiar el presupuesto público.⁴³

En consecuencia podemos manifestar que el vicio de la desviación de poder, tiene como efecto la nulidad del acto, y por ende no puede ser subsanado o convalidado, ya que no cumple con el principio de legalidad de la actividad administrativa; pero el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, entre sus artículos 94 y 95, existe una contradicción que es necesario plantearse y entregar una solución. Así el artículo 94⁴⁴, del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, enumera los actos que no pueden ser convalidados, y todos ellos se resumen en el fundamento que el acto

⁴³ Es también frecuente el uso de facultades que tiene para suprimir cargos por reordenamiento o racionalización administrativa, con fines disciplinarios; p. ej. Disponer un traslado como sanción disciplinaria encubierta,...Es un supuesto que también se presenta en la escuela secundaria, cuando se utilizan desviadamente facultades de calificación para excluir un alumno que se entiende merece sanción expulsiva. En todos aquellos casos referidos más arriba es posible también, en algunas ocasiones, encontrar la voluntad deliberada de engañar al individuo no aplicándole el procedimiento debido. Hay pues también, eventualmente, dolo. Gordillo, ob. cit, p. IX-27.

⁴⁴ Art. 94.- Vicios que impiden la convalidación del acto.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo; b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y, c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento. Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.

ilegítimo está contrario a la Constitución y la Ley, pero el Art. 95⁴⁵, ibidem, señala que excepto los actos determinados en el Art. 94 analizado anteriormente, pueden ser convalidados incluso los de desviación de poder, aquí existe entre estos dos artículos una marcada contradicción, ya que como se analizó, la desviación de poder se presenta cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la Ley, es decir, el acto no es legal, por cuanto no se ha sumido a lo establecido en la ley, entonces el acto es inexistente o de nulidad absoluta, por lo que no se puede pensar que pueda ser convalidado, es por esta razón que se debería reformar el Art. 95, suprimiendo la frase “...inclusive la desviación de poder...”, para mantener una coherencia jurídica⁴⁶.

2.2 ARBITRARIEDAD.- El Diccionario Real de la Academia señala que arbitrariedad es una forma de actuar contraria a la justicia, la razón o las leyes, dictada por la voluntad o el capricho. Se debe entender que la voluntad debe emanar de una autoridad, una

⁴⁵ Art. 95.- Vicios susceptibles de convalidación.- Todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas en el artículo anterior, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.

⁴⁶ No debe olvidarse que un acto ilegítimo es el contrario al ordenamiento jurídico, y por consiguiente nunca puede ser válido, y es por ello que aseveramos que entre el inciso final del artículo 94 y el Art. 95 del ERJAFE existe una incoherencia que debe superarse y que el vicio de desviación de poder no puede ser subsanable, pues como lo dice la última de las disposiciones citadas, el propósito es mantener la vigencia del ordenamiento jurídico, lo cual no puede ser tan estrecho para aplicarse sólo al caso del inciso final del artículo 94. Juan Carlos Belnacazar “El vicio de desviación de Poder, como causa de nulidad de los actos administrativos”, Revista Judicial, Edt. Diario La Hora.

de las características de la arbitrariedad es la falta de razonabilidad de las decisiones de la administración, lo que conlleva que ese acto no sea jurídico, en nuestra legislación podemos decir que un acto es arbitrario cuando no ha sido motivado, es decir no se ha justificado sus fundamentos de hecho y de derecho para adoptar la decisión administrativa.

La razonabilidad o motivación es la expresión interna de un acto y constituye un elemento de fondo ya que son las razones o circunstancias del por qué la administración emite un acto administrativo o toma una decisión. La Constitución y la ley obligan a la Administración a motivar sus actos; es decir, como manifiesta García de Enterría: “...hacer pública las razones de hecho y de derecho en las cuales las mismas se apoyan”⁴⁷.

Rafael Bielsa, considera que la motivación debe reunir varios requisitos para que sea considerada como tal, estos a su entender son:

Es necesario que los motivos se expresen “concretamente”, no obsta una vaga enunciación; los antecedentes, hechos, causas, deben referirse o, mejor aún, expresarse.

La motivación debe ser “clara”, para que pueda ser fácilmente interpretado el acto. Además debe ser “seria” y no un conjunto de frases o fórmulas logomáquicas, ni bizantinas, pues ello induce a creer que el acto no es sincero ni real. Finalmente debe

⁴⁷ García de Enterría y Fernández Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Madrid-España. Edt. Civitas 5ª. Ed. ,1991, p.549. Dromi, de igual manera manifiesta que “ La motivación es la declaración de las circunstancias de hecho y de derecho que han inducido a la emisión del acto”.

“justificarse” la relación de causalidad entre los motivos-presupuestos y los motivos determinantes”.⁴⁸

En Ecuador, la Constitución de 1998 en el numeral 13 del artículo 24, ordena que los poderes públicos deben motivar sus actos, y no se consideran motivados cuando en las resoluciones no se enuncian normas o principios jurídicos en que se fundamenten, en concordancia con los artículos 122 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y 31 de la Ley de Modernización del Estado. Igualmente el literal 1) de artículo 76 de la Constitución Política de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008 dice: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundan y no se aplica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideran nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados”.

Para Agustín Gordillo los actos son arbitrarios y con ello constitucionalmente nulos, por violación de la garantía de la razonabilidad, entre otros casos, cuando: a) deciden cosas no sometidas a decisión u omiten resolver otras expresamente planteadas, b) prescinden de los hechos probados, se funden en hechos no probados, aprecian mal o ni siquiera ven los hechos, toman determinaciones no proporcionadas o no adecuadas a tales hechos, se aparta de una única solución justa cuando ella existe, etc. c) prescinden de fundar seria y suficientemente en

⁴⁸ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Edt. La Ley. 6ª. Ed., p.89.

derecho la decisión adoptada. Si ninguno de estos supuestos se da en el acto administrativo, entonces lógicamente cabe desechar este aspecto de la arbitrariedad.

En conclusión, podemos manifestar que la arbitrariedad es un vicio que produce la nulidad de los actos administrativos, y que por lo general este vicio no es subsanable, es decir que tiene una nulidad de pleno derecho, por cuanto vulnera garantías constitucionales, como las del debido proceso, establecida en el artículo 76 de la Constitución vigente (2008).

2.3.- Error.- Cuando se manifiesta que existe vicio de voluntad por error, se debe de entender el error que comete la autoridad administrativa por equivocación en la constitución del acto, no por error de apreciación o interpretación de la norma jurídica, ya que la ignorancia no es vicio sino un desconocimiento del tema al resolver, la doctrina ha manifestado que para considerar al error como vicio este debe ser “esencial”, es decir, debe de ser de gran importancia para que la administración no haya tenido la voluntad de emitir el acto en tal sentido⁴⁹.

Dromi al respecto señala que: El error en cuanto la vicio de la voluntad solamente existe cuando el administrador emite un acto distinto del que tenía voluntad de emitir: quería

⁴⁹ Debe versar entonces sobre un aspecto importante del acto, y ser de tal magnitud como para permitir afirmar que la administración no tuvo en verdad intención de dictar el acto. Si la administración lo hubiere conocido no habría dictado el acto, o lo que algunos autores gustan llamar la preeminencia de la voluntad real por sobre la declarada. Gordillo, op, cit, p. IX-46.

hacer una cosa y firmó otra. Por ejemplo, un indulto que se refería a una persona distinta de la que el Poder Ejecutivo Nacional tuvo voluntad de indultar. El error debe ser esencial, es decir, que hubiere significado que la “la voluntad de la Administración resulta excluida”.

Agustín Gordillo al analizar el error lo ejemplifica muy claramente al señalar que:

Ejemplos de tipo de actos viciados por error esencial sería entonces:...una declaración de estado de sitio que por error material en la confección del decreto se refiere a un lugar distinto del contemplado; el veto de una ley distinta de la que se tuvo en cuenta, por error en la mención del número de nombramiento en la función pública de una persona distinta de la que se deseaba nombrar, por homonimia, etc. También resulta viciado por error esencial la parte pertinente de una lista de ascenso o designación de la que, previo a su firma, se intercalaron nombres y apellidos no incluidos en la propuesta original, que el firmante no tenía intención no conocimiento de cambiar.⁵⁰

Por regla general los vicios por error esencial de la voluntad, son de nulidad absoluta, y la extinción de sus efectos tiene el carácter de retroactivo, es decir, las cosas regresan al estado anterior a ser emitido el acto ilegítimo; pero existe algunos errores que por no ser tan graves, pueden ser anulables o válidos, es decir, el error no recayó sobre el objeto ni la naturaleza del acto, un ejemplo es cuando la Contraloría General del Estado, emite una glosa, y solicita la devolución de cierta cantidad de dinero, pero en realidad el valor que debe ser devuelto es inferior al solicitado por la autoridad de control, existe un errores que se lo denomina matemático o de cálculo, que la misma autoridad, de oficio la puede corregir, anulando el acto con yerro y emitir otro.

⁵⁰ Ibidem, p. IX-46.

El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 98, dispone que los errores de hecho o matemáticos manifiestos pueden ser rectificadas por la misma autoridad de la que emanó el acto en cualquier momento hasta tres años después de la vigencia de éste; luego de ese tiempo la administración no puede de oficio rectificar sino por medio de un juicio de lesividad, si es la administración que está sufriendo un daño por ese acto, caso contrario, el acto se vuelve válido, esto en concordancia con el Art. 170 *Ibidem*⁵¹, donde señala los casos en los que la revocatoria es aplicable en los casos de errores o rectificaciones de actos administrativos; pero, si el error es causado por dolo del administrado, ese acto es de nulidad absoluta, y así se determina en la última parte del artículo 96 del Estatuto citado, al mencionar que no son convalidables los errores u omisiones que hayan sido provocados por el particular interesado.

2.4.- El Dolo.- Por un principio fundamental no tanto de la doctrina jurídica, sino de la conciencia del ser humano, se considera que toda actuación se fundamenta en la buena fe, y más aún cuando la actuación proviene de la autoridad administrativa⁵², ya que no existen

⁵¹ Art. 170.- (Agregado por el Decreto Ejecutivo 3389, R.O. 733, 27-XII-2002).- Revocación de actos y rectificación de errores.- 1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico. 2. La Administración Pública Central podrá, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

⁵² La voluntad de la administración pública es la voluntad de la ley, y su dirección es el interés público. Toda maquinación, omisión fraudulenta en el acto administrativo, cualquiera que sea, debe considerarse dolo. Si la maquinación o aseveración falsa u omisión

normas jurídicas donde se tenga como finalidad, la destrucción o el desmejoramiento de la situación administrativa de las personas, es entonces, que si la buena fe está garantizada en las actuaciones administrativas, el dolo, por ser contrario, debe ser combatido y sancionado, y el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 213, en el capítulo de las responsabilidades de la Administración Pública, sanciona al funcionario subsidiariamente con el Estado por su actuación en los siguientes términos:

Art. 213.- (Agregado por el Decreto Ejecutivo 3389, R.O. 733, 27-XII-2002).- De la responsabilidad subsidiaria.- Los funcionarios y personal de servicio de las administraciones públicas que hubieren incurrido en dolo o culpa que generaron el daño resarcido por ésta a los particulares responderán por lo indemnizado, siempre que se hubiere efectuado el pago al o a los particulares por parte de aquella.

El dolo se presenta antes de la emisión del acto, así mismo el funcionario debe estar consciente de lo que va a decidir es en contra derecho, y tal decisión va a incidir en la parte medular del acto. Según Dromi en el dolo no solo puede participar el funcionario sino inclusive puede mediar el administrado, producto del soborno o cohecho y el acto es nulo de pleno derecho.

reticente fraudulenta no es determinante en la decisión administrativa (acto), esos hechos se imputan exclusivamente al agente, y, por consiguiente no se vicia el acto. Pero el dolo no es frecuente en la Administración pública, dada la falta de interés del agente o representante, a menos que haya un propósito de iniquidad. Rafael Bielsa, ob. cit. p.49.

No se debe confundir que existe dolo del funcionario, cuando el administrado entrega documentos falsos o adulterados, y sobre estos documentos la administración adopta una decisión, ya que en este caso existe un error, y puede ser anulables el acto.

2.5.- Violencia o Intimidación: Todos los autores señalan que la violencia o intimidación al funcionario de la administración es rara, pero puede existir en una forma moral y no física.

La violencia ejercida contra un funcionario debe ser comprobada y depende del grado de violencia que se ejerza, ya que de lo contrario el acto no se encontraría viciado y por lo tanto es válido. La violencia o intimidación pueden viciar el acto cuando existe una coerción externa o interna. Externa se presentaría cuando se ejerce sobre las personas o sus bienes, ya sea en contra del funcionario o de sus familiares, Gordillo señala que la violencia debe atenderse a la edad, sexo y condición de las personas, a fin de evaluar el temor producido en ellas, si tales amenazas son válidas el acto emitido por el funcionario puede ser válido, si ese acto está ajustado a los preceptos legales, y sería nulo si está contra de la norma jurídica y de sus fines.

CAPITULO III

EFFECTOS DE LOS VICIOS DE LA VOLUNTAD EN EL ACTO ADMINISTRATIVO

Cuando se habla de los efectos de los vicios de la voluntad de un acto administrativo, no se quiere mencionar que los vicios de la voluntad tengan unos efectos exclusivos de las demás formas que pueden viciar un acto, por lo tanto los efectos son iguales a todas las circunstancias que se presentan en un acto para invalidarlo, es así, que el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, señala que existen Actos de Nulidad Absoluta o de Pleno Derecho, y los Actos Convalidables que se los podría llamar Actos de Nulidad Relativa; otras clasificaciones doctrinarias han establecido los efectos de los actos administrativos, como: nulos y anulables, actos válidos e inexistentes, legítimos e ilegítimos, pero no debemos confundir la finalización de los actos administrativos con la extinción del mismo.

Pero para el estudio del presente capítulo nos concentraremos en los términos que nuestra legislación ha adoptado, para la clasificación de estos efectos, lo cual nos permitirá realizar un estudio comparado tanto de los vicios como de los efectos con la norma jurídica vigente.

Como sabemos un acto administrativo tiene la presunción de legalidad, pero qué pasa cuando existió en la formación de dicho acto la ausencia de la voluntad de la administración para adoptar una decisión, ¿el acto debe ser cumplido y acatado obligatoriamente?, aún cuando este pueda vulnerar derechos constitucionales del administrado, es aquí, que el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su artículo 90 se refiere a la extinción y reforma de los actos administrativos señalando que: “Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad”.

Pero antes de entrar al análisis de las causas de extinción o reforma de los actos administrativos, el Estatuto ha dividido a los actos administrativos en actos “no convalidables”, también denominados insubsanables, de nulidad de pleno derecho o de nulidad absoluta; y los actos que se los podría agrupar en actos de nulidad relativa, dentro de los cuales se encuentran los actos “convalidables” y “anulables”.

Los actos no convalidables o de nulidad de pleno derecho, que son aquellos que tienen vicios groseros o graves y por lo tanto no gozan de la presunción de legitimidad, ya que no guardan concordancia con los elementos esenciales del acto administrativo (competencia, objeto, voluntad, forma, motivación, notificación); y es el Art. 94 del ERJAFE, que señala que no son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán como nulos de pleno derecho: “a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo; b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y, c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento. Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados”.

Esta clase de actos deben ser extinguidos en una forma obligatoria por parte de la administración, y tienen efectos retroactivos, y no pueden convalidarse, ni por confirmación o prescripción, por lo que no es necesario que el administrado impugne tal decisión, y su no cumplimiento no le acarrea infracción de ninguna índole al administrado.

Como ya se analizó en el capítulo anterior se puede manifestar que dentro de los vicios de la voluntad un acto administrativo, dependiendo de su gravedad, puede ser anulable o nulo, pero, en lo que si estamos de acuerdo es que en los casos de desviación de poder,

arbitrariedad, dolo y violencia, donde se compromete parte importante de la decisión de la administración, los actos son nulos de pleno de derecho.

El Artículo 129 del ERJAFE, concreta los actos de la Administración Pública que se debe considerar nulos de pleno derecho y son:

a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República; b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio; c. Los que tengan un contenido imposible; d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no; f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y, g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

Para el estudio de los actos convalidables o anulables como los señala el Estatuto en estudio, se debe considerar que esta clase de actos se encuentran dentro de la clasificación de los actos de nulidad relativa, y se caracteriza porque no tienen un vicio grave, y deben ser considerados como actos válidos, ya que se presumen de legítimos hasta el momento en que puedan ser impugnados, y la autoridad administrativa de oficio o a petición de parte los anule o revoque, como ya se analizó en los ejemplos del capítulo anterior, dichos vicios son subsanables, y estos actos tiene un tiempo de prescripción para impugnarlos.

La interposición del cualquier recurso en contra del acto impugnado no suspende el cumplimiento de los efectos del acto, excepto si se trata de actos nulos de pleno derecho, por otra parte por no adolecer esta clase de actos vicios graves o groseros que atenten contra la naturaleza y objeto de la voluntad de la administración, pueden ser convalidados o anulables.

Un acto es convalidable, cuando la administración puede corregir el vicio del acto impugnado, y el Art. 95 del ERJAFE, señala que los vicios susceptibles de convalidación son todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que no se encuentran señaladas en el artículo 94, es decir, aquellos actos que no pueden ser convalidados, inclusive se menciona que la desviación de poder puede ser convalidada, situación que ya analizamos y concluimos que esta clase de actos podrán ser vicios de nulidad absoluta.

Por otra parte el artículo 134 del ERJAFE, señala que la administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan y el acto de convalidación producirá efecto desde su fecha de notificación, salvo lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 125 Ibidem, en los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas. También es convalidable si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse

por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado; y, si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.

Por último es necesario resaltar, que si el interesado no activa los procedimientos de impugnación, como los recursos o reclamaciones, el acto queda firme y el administrado está obligado a cumplir. Una resolución es firme cuando, aun siendo susceptible de reclamación o recurso, no han sido utilizados dentro del plazo que la ley señala, de manera que la ley entiende que el acto ha sido consentido. En tal situación se produce un acto completamente inatacable en vía administrativa ni jurisdiccional.

Respecto de los vicios que hacen anulable un acto, nuestra legislación ha adoptado la doctrina y legislación española, que considera que existen innumerables formas de que un acto se encuentre viciado, por lo que no es posible, categorizar o enumerar todas estas ilicitudes. Para el caso de los actos anulables lo imprescindible y lo que la autoridad administrativa como judicial debe determinar es si existe una violación o infracción jurídica, de ahí que el Art. 130 del ERJAFE, señale que son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, no obstante, el defecto de forma sólo 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, y la realización de actuaciones administrativas fuera del

tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.

La nulidad de un acto no implica la nulidad de los sucesivos actos en el procedimiento que sean independientes del primero, es decir, si en un trámite donde es necesario un informe jurídico y un informe técnico para otorgar un permiso, y es anulado uno de esos informes, el informe que no se encuentra viciado es válido y no sigue la suerte del acto anulado, este mismo razonamiento se aplica en la conservación de actos y trámites ya que el órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción. Lo anterior en concordancia con el artículo 61 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que señala al respecto: “Si el Tribunal llegare a declarar la nulidad del trámite administrativo, ordenará la reposición del mismo al estado que correspondiere. Cuando el procedimiento contencioso-administrativo adoleciera de vicios que causen su nulidad, ésta será declarada y se ordenará la reposición del proceso. La nulidad declarada no comprenderá a los documentos públicos o privados que se hubieren presentado. ”

1.- REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS POR VICIOS DE LEGITIMIDAD O DE OPORTUNIDAD.- Todo acto administrativo depende de dos

elementos esenciales, que son el mérito y la legitimidad, los mismos que tienen como objetivo cumplir con el principio de legalidad exigido en todo Estado de Derecho⁵³.

Para unos autores cuando hablan sobre legitimidad se refieren a que el acto es “perfecto” y “eficaz”, por lo que consideran que la legitimidad es sinónimo de “perfección”; y, se llama oportunidad o mérito, a la conveniencia con la que la administración pública emite un acto administrativo, es decir, persigue el objetivo de la actividad administrativa que es proteger el interés público de los administrados.

El mérito se encuentra en todos los elementos de la legitimidad y se lo relaciona con la potestad de discrecional de la administración pública, por cuanto este elemento se basa en el buen criterio de la autoridad que se tiene que pronunciar con un acto administrativo, pero como manifiesta Miguel S. Marienhoff

...el mérito...tiene especial –pero no única– trascendencia en los supuestos en que la actividad de la Administración Pública es de tipo discrecional. Más no solo los actos emitidos por la Administración Pública en ejercicio de sus actividad discrecional

⁵³ ...todo acto administrativo debe estar enmarcado dentro de la normativa jurídica pública de un Estado, por tanto la voluntad de la autoridad se vinculan directamente con la norma jurídica y la administración. Para una mejor comprensión de lo que es la legitimidad, vamos a enumerar varios elementos que distinguen a la misma, estos son: la formación de la voluntad, la competencia, la finalidad u objeto del acto, su contenido y las formalidades y solemnidades que tiene el acto administrativo. Marco Morales Tobar, “Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana”, Quito-Ecuador, Edt. Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p.102.

debe ser oportunos, razonables y convenientes: también deben serlo los emitidos en ejercicio de la actividad reglada...⁵⁴

En la Constitución de 1998 podemos encontrar ejemplos de mérito, así, en el artículo 247 referente a la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los recursos naturales del Estado, menciona que serán explotados en función de los intereses nacionales, es decir, a la conveniencia y a la oportunidad del país. Así también en el inciso 1 del artículo 249 de la Norma Fundamental, preceptúa con respecto a la responsabilidad del Estado sobre la provisión de servicios públicos, los responderá a los principios de eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, continuidad y calidad; y velará para que sus precios o tarifas sean equitativas. En la Constitución vigente (2008), de igual manera existe ejemplo de mérito, y en el artículo 288, señala que las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de la micro, pequeña y medianas unidades productivas.

Una vez que hemos definido los conceptos de legitimidad y oportunidad, y aplicando los modos de extinción de los actos, esto es, la “revocación” y “anulación”, Rafael Bielsa señala que la doctrina se encuentra dividida en las razones por las cuales proceden, ya que una parte liderada por Comadira y Garrido Falla, sostienen que la anulación se reserva para la extinción por vicios de legitimidad, sin importar cual sea el órgano, mientras que la

⁵⁴ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derechos Administrativo”, Tomo II, Buenos Aires-Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 3ª. Ed. P.280.

revocación opera por razones de oportunidad y sólo por la Administración. Pero a pesar de estas dos posiciones la mayoría de estudios señala que el término revocación se lo utiliza para referirse a la extinción del acto administrativo en sede administrativa, sea por razones de oportunidad o de legitimidad, y la anulación para la dispuesta por el órgano jurisdiccional, fundada únicamente en razones de legitimidad. Dentro de esta propuesta se encuentra Marienhoff, Cassagne, Gordillo, Diez, entre otros⁵⁵.

En nuestro derecho, el artículo 90 del ERJAFE, simplemente dice: “Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad”, es decir, o por anulación o por revocación.

Para la extinción o reforma de un acto administrativo de oficio por parte de la Administración, no deviene de una situación espontánea de la Administración, ya que ante todo para activar este mecanismo debe estar autorizado expresamente por la Ley. Ya que si el acto origina derechos subjetivos al administrado, previamente a revocarlo la Administración deberá indemnizar al administrado, esto de conformidad con el artículo 92 del Estatuto citado.

⁵⁵ Los términos “revocación” y “anulación” aunque ambos significan modos de extinción de los actos, no pueden emplearse promiscuamente. Nosotros debemos conformar la terminología a los conceptos dominantes en el ordenamiento jurídico, aun cuando sea del derecho común, si son lógicos y por su acepción tradicional importan un elemento de certeza. Revoca el sujeto que creó el acto o, en el orden administrativo, el órgano superior. Anula el órgano que tiene función jurisdiccional (en nuestro sistema un órgano del poder judicial). Rafael Bielsa, ob. cit., p. 120.

Dentro del tema de la revocación, es necesario aclarar que no siempre es posible ejercer dicha potestad, debido a la existencia de los llamados actos administrativos estables. Dichos actos por lo general firmes, válidos, declarativos de derechos, son inextinguibles o inmutables en sede administrativa por no existir autorización expresa de la Ley para revocarlos de oficio⁵⁶. Cuando hay estabilidad, la Administración no puede extinguir por sí y ante sí el acto administrativo, y la única vía para revocarlos es la judicial, dicha vía es la acción de lesividad, prevista en el literal d) del artículo 23 en concordancia con el literal b) del artículo 24 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Previo a instaurar la demanda que origina el correspondiente proceso, la Administración deberá declarar la lesividad del acto para el interés público mediante decreto ejecutivo y demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

2.- DIFERENCIAS ENTRE LAS NULIDADES CIVILES Y ADMINISTRATIVAS.- Tanto las nulidades en el derecho civil como en el derecho administrativo tienen como finalidad invalidar los actos que no se encuentran dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, pero si con sustanciales diferencias que las analizaremos en seguida, pero nuevamente debemos aclarar que con relación al estudio que estamos realizando como son los vicios de la voluntad en los actos administrativos, las diferencias que

⁵⁶ Estabilidad de los actos, es la irrevocabilidad del acto por la propia Administración. Es la prohibición de revocación de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado.

citaremos no son de exclusividad de este vicio, sino de todos los modos en los que se puede declarar ilegítimo un acto administrativo.

Las diferencias que encontramos entre estos dos regímenes jurídicos y clasificación que la tomamos de Dromi, son:

2.1.- Posibilidad de alegar su propia torpeza.- En el derecho Civil, se trata de confrontar la voluntad de las partes, ya que el interés protegido por la norma es de carácter particular, en cambio, en el derecho administrativo lo que prevalece es la legitimidad y oportunidad del acto, salvaguardando el interés colectivo y la finalidad del ordenamiento jurídico. Rafael Bielsa al respecto señala que:

...todo presupuesto (causa final) en el derecho privado puede tener cualquier dirección o propósito no prohibido por la ley; en el derecho público la causa (o el motivo-presupuesto) debe tener como directiva la realización de un fin de interés público, y esa realización le está impuesta a la Administración pública de acuerdo con normas legales o dentro de normas legales, según sea reglada o discrecional. La falta o alteración de esos motivos determinantes afecta la validez del acto⁵⁷.

2.2. Órgano que lo Declara.- Para la declaración de las nulidades de actos civiles es competente el órgano judicial, en cambio, en el ámbito civil, puede serlo la misma administración, desde la autoridad que emitió el acto, hasta el órgano máximo de dicha

⁵⁷ Rafael Bielsa, Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, 6ª. Ed., Edt. La Ley, 1980, p.44.

institución, o también la función judicial, por intermedio de los Tribunales Contenciosos Administrativos.

2.3. Carácter expreso o implícito de la regulación.- El Código Civil, por lo general enumera en forma taxativa las nulidades o vicios que se presentan en los actos de derecho civil, en cambio, en el derecho administrativo las nulidades o vicio son enunciadas ejemplificadoramente, ya que la autoridad o juez puede declarar u observar otros vicios, fundamentándose en el principio detallado en la norma jurídica.

2.4. Fuente Normativa.- Las nulidades en el derecho civil nacen obligatoriamente de la Ley, por el contrario las nulidades de derecho administrativo, tiene como fuente desde un reglamento pasando por la ley hasta la Constitución.

2.5. Elementos del Acto.- Las sanciones a las nulidades civiles se caracterizan por la ausencia de un elemento constitutivo del acto, ejemplo, capacidad jurídica para suscripción de un contrato; en cambio en el ámbito administrativo no depende exclusivamente del elemento constitutivo sino a la gravedad en la inobservancia al orden jurídico, ya que mayor o menor importancia que tenga el vicio este puede ser convalidado o anulado en forma definitiva.

2.6. Anulación de Oficio.- En el derecho administrativo, no existe la anulación de oficio, a diferencia de los actos jurídicos privados de los cuales el juez de oficio pueden

declarar su nulidad, en los actos administrativos la nulidad debe ser solicitada y probada por la parte interesada, ya que a ella afecta la decisión contenido en el acto; y, debe utilizar las vías procesales que la ley prevea, ya sea las de sede administrativa o los recursos y reclamos en sede judicial, esto de conformidad con el artículo 69 del ERJAFE, pero el artículo 70 ibidem, señala que la Administración podrá de oficio revocar sus actos contrarios al principio de igualdad, al interés público o al orden jurídico, es decir, los actos ilegítimos, así mismo podrá rectificar los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

De lo anterior podemos señalar que los vicios de carácter administrativo y civil, no son idénticos, aunque su finalidad sea el control del ordenamiento jurídico, pero con distinta finalidad, ya que en el ámbito administrativo tiene un objeto de interés colectivo, y en lo civil, tiene un interés privado.

CAPITULO IV

IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. PRESUNCIÓN DE LEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

La presunción de la legalidad⁵⁸ de todo acto administrativo nace del principio de legalidad, entendiéndose a este último como la obligación que tienen los gobernantes de respetar las normas jurídicas superiores a su poder jurídico, es decir, que las normas y los actos que realicen las autoridades no deben estar en contra de las reglas jurídicas superiores de un Estado, de lo contrario la consecuencia que se derivan de la inobservancia de este principio, es la violación del derecho positivo, esto en concordancia con el numeral 1 del art. 76 de la Constitución vigente (2008), que preceptúa que corresponde a toda autoridad administrativa y judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y de los derechos de las partes. Jaime Vidal Perdomo al hablar sobre el Principio de legalidad dice:

⁵⁸ Pedro Guillermo Altamirano, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, 1971, p. 391. La presunción de legitimidad, consiste en la suposición de que el acto fue emitido conforme a derecho, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales; de donde “legitimidad” debe entenderse como equivalente a perfecto.

El sometimiento constante de la administración a la ley no sólo es garantía de los gobernados, sino que tal tipo de actuaciones permite establecer políticas administrativas definidas, contribuyendo con ello a realizar ese factor de seguridad que es tan importante para el derecho. Por el contrario, puede ser fuente de arbitrariedad e impedimento de la estructura de políticas administrativas.⁵⁹

En un Estado de Derecho, los gobernantes deben ejercer sus funciones apegándose a la Constitución y demás normas jurídicas, ya que ésta es la fuente de su poder jurídico y el marco de su accionar, por lo que las autoridades que hacen efectivo el “Principio de Legalidad”, no deben abandonar el lineamiento anterior, de lo contrario están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que provoquen por la mala prestación de un servicio público o de sus actos en el desempeño de sus funciones, así lo establece el artículo 52 de la Constitución (2008), en concordancia con los artículos 233 y 212 inciso 2º. del mismo cuerpo normativo, al manifestar que ningún funcionario ni servidor público estará exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones. Además, los funcionarios que en ejercicio de sus funciones causasen daño o perjuicio al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables de sus actuaciones. El artículo 33 de la Ley de Modernización del Estado en concordancia con los artículos anteriormente manifestado que los funcionarios o empleados públicos que violaren cualquier disposición establecida en dicha ley, serán sancionados con la destitución de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas previstas en otras leyes.

⁵⁹ Jaime Vidal Perdomo, Derecho Administrativo, Cali, Editorial Bco. Popular, 6ª. Ed., 1978, p. 384.

Por lo tanto la presunción de legalidad, es la presunción de validez de los actos administrativos, también llamada por unos autores presunción de legitimidad de juridicidad o pretensión de legitimidad; Dromi, al referirse a la presunción de legalidad manifiesta:

Es la suposición de que el acto administrativo fue emitido conforme a derecho dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es una resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. La legalidad justifica y avala la validez de los actos administrativo: por eso crea la presunción de que son legales, se los presume válidos y que respetan las normas que regulan su producción.⁶⁰

Esta presunción es muy importante, ya que da seguridad jurídica a todos los actos emitidos por la administración, caso contrario, los mandatos de las autoridades competentes no serán acatadas en forma inmediata por los gobernados, fundamentando sus razones en una presunción de ilegalidad, por esto, todo los actos administrativos se presumen legales ya que se han constituido en ejercicio legítimo de la autoridad administrativa, por lo tanto es obligatorio su cumplimiento por parte de todas las autoridades y ciudadanos a quienes se dirige. La invocación de nulidad en contra de cualquier acto administrativo debe ser alegada y probada en juicio por parte del o los perjudicados, ya sea de un derecho subjetivo (garantías individuales) o de los derechos generales, y de ser así, su nulidad sea declarada por autoridad competente.

⁶⁰ José Roberto Dromi, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 4ª. Ed, 1995, p. 225.

La regla general es que los actos administrativos son aplicables y producen sus efectos, mientras no sean suspendidos sus efectos o anulados por autoridad, juez o tribunal competente de conformidad con lo establecido en el artículo 189 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano entre otras normas, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, en su artículo 38 establece presunción legal de las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores, sujetos a esa Ley, y son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare en contrario; de igual manera el artículo 67 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, manifiesta la presunción de legitimidad de los actos administrativos, por lo que ellos deben producir sus efectos desde que se encuentran en firme o se hayan ejecutoriado; y, el artículo 82 del Código Tributario, se manifiesta del mismo modo cuando declaran que los actos administrativos tributarios, gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, por lo que están llamados a cumplirse.

La Presunción de legalidad se caracteriza por ser relativa, ya que esta puede ser desvirtuada por el interesado probando que el acto viola el derecho positivo establecido, por lo tanto esta presunción no es absoluta; también es provisoria, ya que el administrado al tener la posibilidad de impugnar el acto presuntamente ilegítimo la Administración tiene el derecho de aceptar dicha ilegitimidad y puede dejar sin efecto dicho acto, por lo tanto no es firme; y,

transitoria ya que el acto si bien se presume legitimo, esta presunción no puede ser indefinidamente, sino por cierto lapso de tiempo, es decir, que el administrado tiene desde el momento que fue notificado con el acto un determinado plazo para impugnarlo, ya que si no ejerce dicho derecho, el acto se transforma en absoluto, esto en concordancia con el principio de seguridad jurídica que debe tener un Estado, pero cuando hablamos de la inconstitucionalidad de normas esta presunción es imprescriptible⁶¹.

La presunción acogiendo el análisis de Roberto Dromi, produce como efectos jurídicos los siguientes:

1.1 La legalidad no necesita declaración. Es decir, la legalidad de los actos administrativos no se discute para efectos de cumplir el acto, ni necesitan ser declarados por la autoridad administrativa que los emitió, ya que el Estado no requiere declarar como legales todas sus actuaciones o señalar que las realiza apegadas a la Constitución y demás leyes del ordenamiento jurídico establecido, ya que tiene a su favor la presunción legal.

En el Ecuador el Tribunal Constitucional no se pronunciaba sobre la constitucionalidad de las normas, es decir, no declaraba que las normas vigentes están apegadas a la

⁶¹ Ver caso No. 1153-99-AA, publicado en el Informe del Tribunal Constitucional al Congreso Nacional Enero-Diciembre 2000, volumen II.

Constitución, sino todo lo contrario, el Tribunal se pronunciaba cuando conocía de la inconstitucionalidad de normas, y resolvía si esa norma está apegada a la Constitución.

Tanto en Derecho constitucional como en Administrativo, el que impugna la legalidad o constitucionalidad de un acto administrativo, tiene a su cargo la prueba de demostrar que ese acto no se emitió apegado a derecho y de este modo invertir la presunción de legalidad de la que gozan las actividades de la administración.

1.2 Anulación solo a petición de parte. A diferencia de los actos jurídicos privados de los cuales el juez de oficio puede declarar su nulidad, en los actos administrativos la nulidad debe ser solicitada y probada por la parte interesada, ya que a ella afecta la decisión contenido en el acto; y, debe utilizar las vías procesales que la ley prevea, ya sea las de sede administrativa o los recursos y reclamos en sede judicial, esto de conformidad con el artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, pero el artículo 170 ibidem, señala que la Administración podrá de oficio revocar sus actos contrarios al principio de igualdad, al interés público o al orden jurídico, es decir, los actos ilegítimos, así mismo podrá rectificar los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.

Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo no conocen de oficio la ilegalidad de los actos administrativos; pero esta facultad si la tenía el extinto Tribunal de

Garantías Constitucionales (antes de 1996), así mismo la Constitución de 1998 en su artículo 274, contaba con la figura de la inaplicabilidad de normas que cuando un juez o tribunal creyere una norma contraria a la Constitución, este la inaplicaba para el caso en concreto sin perjuicio de fallar en el caso controvertido, esta inaplicabilidad no tenía efectos generales y obligatorios, sino exclusivamente para el caso que el juez o tribunal este conociendo, el nuevo texto Constitucional, en su artículo 428 recoge esta figura jurídica, pero ahora no se inaplica la norma sino se suspende la tramitación de la causa hasta el pronunciamiento en forma definitiva y general de la Corte Constitucional, que para una mejor comprensión transcribiremos la norma citada: “Art. 428.- Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma. Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente”.

1.3 La anulación debe ser declarada por autoridad competente. Como se estudió, la presunción de legalidad da al acto administrativo el carácter de obligatoriedad y exigibilidad, es decir su cumplimiento inmediato desde el momento que se encuentra firme y hasta que la autoridad competente no lo declare nulo este acto es válido⁶².

⁶² Vid. Supra, La Competencia

2. FORMAS DE IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Como ya se mencionó anteriormente, el derecho que tienen los administrados de impugnar los actos administrativos que los presumen violatorios a sus intereses o derechos, es una garantía que el mismo Estado tutela para que la misma revise, modifique, reforme o anular sus decisiones, cuando considere que no se encuentran dentro de los principios de legalidad y oportunidad. Este derecho de impugnación es facultativo del administrado, pero una vez interpuesto mediante la presentación de un recurso, la administración pública está en la obligación de pronunciarse sobre el asunto.

El objetivo de la presentación de un recurso, como muy acertada lo explica el Dr. Patricio Secaira Durango, es con el propósito que se vuelva a dar curso al asunto de interés del administrado; y el literal m) del artículo 76 de la Constitución (2008), garantiza este derecho a “recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”, esto en concordancia con el artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, que señala que todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial.

En el ordenamiento jurídico ecuatoriano, existen tres formas de impugnar los actos administrativos, y son: a) En sede administrativa.- que es aquella que se presenta ante la

misma autoridad, órgano u autoridad superior de la administración de la que emanó el acto; b) En sede judicial.- que es cuando se presentan ante un organismo de la función judicial; y, c) En sede constitucional, que es aquella que se presenta ante un ente especializado de control constitucionalidad, que se pronunciará exclusivamente sobre la vulneración de derechos constitucionales, dejando a un lado la legalidad que es de exclusivo conocimiento de la sede administrativa y judicial.

2.1 RECURSOS EN SEDE ADMINISTRATIVA.- Como ya se anotó, son aquellos recursos que se presentan ante la misma autoridad u órgano de la administración que los emanó. En Ecuador el procedimiento administrativo está regulado por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, así lo señala su artículo 69, y es considerado como la primera garantía que tienen los administrados frente a los actos y hechos de la administración que pueden ser arbitrarios y afecten a los administrados⁶³.

Los actos administrativos que pueden ser impugnables en sede administrativa son aquellos que producen efectos jurídicos individuales, inmediatos y que son definitivos, es decir, aquellos que al administrado le crean, modifican o le extinguen derechos, ya que de conformidad con el artículo 74 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y

⁶³ Dromi, p. 1056, Por medio del recurso administrativo, se promueve el control de la legalidad (legitimidad y oportunidad) de un acto emanado de la autoridad administrativa, a fin de que se lo revoque o modifique con el objeto de restablecer el derecho subjetivo o interés legítimo lesionado por dicho acto.

preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables.

El artículo 167 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, señala que un acto puede ser revisado en cualquier momento por iniciativa propia de la administración o a solicitud del interesado dentro del plazo para impugnarlo; y el Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, si caben indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, las cuales deberán ser liquidadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente, en la vía de ejecución pertinente.

Dentro de los procedimientos administrativos que se pueden adoptar dentro de sede administrativas, se encuentra cuatro clases de recursos que los trataremos en una forma muy breve por no tratarse este el tema del presente estudio así:

2.1.1 RECURSO DE REPOSICIÓN.- El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que se publicó en el mes de marzo de 1994, tenía un glosario de términos y al definir a este recurso se refería como un medio de impugnación, por el cual un particular, pretende que la misma autoridad que expidió el acto administrativo que

declare, modifique o extinga un derecho subjetivo, lo revise para dejarlo sin efectos total o parcialmente.

El artículo 174 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, señala que es procedente esta clase de recurso, ante los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa y que afecten derechos subjetivos directos del administrado.

El artículo 175 del Estatuto señala que el plazo para la interposición del recurso de reposición será de 15 días, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso; de la procedencia del recurso extraordinario de revisión.

La Administración también tiene el plazo de dos meses para dictar y notificar la resolución correspondiente, ya que de lo contrario se aplicaría la figura del silencio administrativo; y contra la resolución de un recurso de reposición no se puede interponer de nuevo dicho recurso. Contra la resolución de un recurso de reposición podrá interponerse el recurso de apelación, o la acción contencioso-administrativa, a elección del recurrente.

2.1.2. RECURSO DE APELACIÓN.- El artículo 176 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, lo define como aquel que se presentan ante la máxima autoridad del órgano que emitió el acto impugnado, también se lo denomina “recurso jerárquico”⁶⁴, al igual que el recurso de reposición este es procedente con respecto a los actos que afecten derechos subjetivos directos del administrado y que no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.

El plazo para interponer este recurso es igual que los determinados para el recurso reposición, así como el plazo de la administración para pronunciarse o adoptar una resolución. Transcurrido este plazo sin que recaiga resolución, se entenderá favorable el recurso. Contra la resolución de un recurso de apelación no cabrá ningún otro recurso en vía administrativa, salvo el recurso extraordinario de revisión en los casos aquí establecidos.

2.1.3 RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN.- Como su nombre lo indica es un recurso extraordinario de impugnación y se caracteriza por que los administrados

⁶⁴ En realidad el recurso de apelación es propio de la esfera jurisdiccional; por manera que en la vía administrativa es más propio referirse al recurso jerárquico. Desde luego que en varias legislaciones se ha considerado que la apelación sí procede en la esfera administrativa pero con connotación diferentes. Patricio Secaira, Curso de Derecho Administrativo p. 235.

o los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho, cuando aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate; y, cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito y así declarados en sentencia judicial firme.

De conformidad con el artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el recurso de revisión se podrá interponer en el plazo de tres años a partir del inicio de su vigencia en los dos primeros casos, y de tres meses a partir de la ejecutoria de la sentencia condenatoria, siempre que no hayan transcurrido cinco años desde el inicio de la vigencia del acto de que se trate en los otros caso.

2.2.- RECURSOS EN SEDE JURISDICCIONAL.- Esta clase de recursos se los aplica por medio de la jurisdicción contenciosa administrativa, y puede ser interpuesto por personas naturales o jurídicas contra reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública, que causen estado y que vulneren derechos o interés directo del administrado

establecidos o reconocidos por una ley, esto de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa y Administrativa.

El artículo 69 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en su segundo inciso señala que para poder recurrir a esta clase de recursos, el afectado lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa y no será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación administrativa previa la misma que será optativa, es decir, que no es necesario el agotamiento de la vía administrativa.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, en su artículo 3, establece la existencia de dos recursos; el primero llamado subjetivo o de plena jurisdicción, porque ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata; y, el segundo, denominado objetivo de anulación o por exceso de poder, que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.

El Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción, es el que para el presente estudio nos interesa, ya que se trata de reconocer un derecho subjetivo del demandante, por parte de los

Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativa, cuando se hayan vulnerado los derechos personales de los administrados, el plazo para interponer este recurso es de 90 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la notificación del acto administrativo impugnado, es decir, coligiendo con el trabajo que realizamos podemos llegar a determinar, que, cuando un acto administrativo se encuentre viciado por la voluntad, este a más de los recursos en sede administrativa, se puede plantear el subjetivo o de plena jurisdicción, siempre y cuando estos actos hayan causado estado, es decir, que no haya recurso en vía administrativa que se pueda plantear. El Art. 5 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa y Administrativa al referirse sobre este punto señala: “Las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o hagan imposible su continuación”.

No obstante, el artículo 38 de la Ley de Modernización determina que no se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento de la vía administrativa, pero de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo reclamo que por el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.

No debe pasarse por alto, el recurso de lesividad, que de conformidad con el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva que es aquel

procedimiento de anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, y se requiere la declaratoria previa de lesividad para el interés público previo a su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad. La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto ha sido expedido ya sea por Decreto Ejecutivo o Acuerdo Ministerial; en los otros casos, la lesividad será declarada mediante Resolución del Ministro competente, esto en concordancia con el artículo 168 del mismo Estatuto y 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El Dr. Patricio Secaira Durango, señala que el efecto del acto declarativo de la lesividad es en realidad un juicio de valor de la administración respecto de la legitimidad del acto administrativo que, beneficiando a un administrado, es lesivo al interés público; lesión que debe ser debidamente justificada y fundamentada en derecho.

2.3 RECURO EN SEDE CONSTITUCIONAL.-

Esta clase de acciones no recursos como es jurídicamente correcto definirlas⁶⁵, tienen su fundamento en la Constitución, norma superior que al ser un conjunto de normas solemnes que tiene como característica crear y organizar al Estado a través de sus instituciones

⁶⁵ Algunos autores se han planteado la interrogante si el Amparo es un recurso, juicio o una acción, el Dr. Jorge Zabala Egas señala que el Amparo no se lo puede considerar como un recurso ya que entendiéndose que ese término es una derivación del verbo “recorrer”, esto es, volver a correr lo que antes se ha corrido, es decir, regresar al punto de partida y por lo tanto pasa a ser una revisión de un asunto previamente conocido, como por ejemplo los recursos de apelación, de casación, de reposición o de revisión, el amparo se lo interpone para proteger derechos en forma ágil y oportuna, y no tiene un proceso anterior de revisión. Los juristas Herman Jaramillo Ordóñez y Luis Luna Gaibor coinciden que el amparo tampoco se lo puede considerar como un juicio, ya que el término juicio es una contienda, un conflicto de intereses legales sometidos a resolución de los jueces de la función judicial, que generalmente se integra de la demanda, citación, contestación, junta o audiencia de conciliación, prueba, alegatos, sentencia, liquidación y ejecución; y por el contrario el amparo es un procedimiento sencillo y breve destinado a proteger y reivindicar inmediatamente los derechos constitucionales de las personas violados o amenazados por autoridad pública. En el Amparo no existe citación, sino convocatoria a la audiencia pública y no existe el emplazamiento a la autoridad demandada. Primero, porque el amparo no se contiene en una demanda contra la autoridad, sin que es una denuncia de un acto, sea acción u omisión, que lesiona derechos constitucionales garantizados, luego no hay partes en estricto sentido, más allá del actor y juez. Segundo, porque la pretensión del actor no es contra un derecho subjetivo de la autoridad, sino que se limita a que su derecho constitucional sea judicialmente protegido, impidiendo su ejecución, haciendo cesar el acto, lesivo a sus derechos o restablecidos los mismos.

Pero la gran mayoría de autores consideran que la naturaleza del amparo es la de una acción, ya que es la posibilidad que tiene todo individuo interesado de acudir al Estado para poner en marcha su aparato jurisdiccional, con el objetivo de que se precautelen los derechos que, según él, han sido o podrían ser conculcados. Cuando hablamos de una acción, tenemos que pensar de inmediato en la existencia de un impulso por parte del individuo que inicia la acción y que recurre al Estado en busca de Tutela jurídica, y por último la acción es un derecho subjetivo que se dirige hacia el Estado para que éste le preste protección jurídica, es un verdadero requerimiento en busca de protección judicial.

políticas, y la de reconocer derechos y establecer obligaciones de los individuos que forman parte de la sociedad, que no solo necesitan estar establecidos en la Carta Fundamental para que sean respetados por los particulares y por los poderes públicos, sino que es necesario que la misma Constitución establezca un conjunto de procedimientos y garantías para que en el caso de que sean vulnerados, la persona agraviada pueda prevenir o solicitar se restablezca su goce y ejercicio del derecho conculcado, esto, en concordancia con el numeral 9 del artículo 11 de la Constitución que preceptúa que “El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

La Constitución de 1998 estableció garantías de carácter procesal como es la acción de Amparo y que en la vigente Constitución aprobada el 28 de septiembre de 2008, se la asimila a la “Acción de Protección” consagrada en su artículo 88, que por falta de ley no nos podemos referir en forma directa, pero por las connotaciones son idénticas, y se las considerada como el procedimiento constitucional más importante para la protección de los derechos consagrados en la Constitución, y se le otorgó características especiales como ser preferente y sumarísimo de conformidad con el artículo 95 de la Constitución, la preferencia significa que cuando un juez conozca de esta acción debe de darle atención prioritaria sobre cualquier otra causa que se encuentre en su conocimiento, y sumario ya que su trámite es ágil, rápido y sencillo, lejano a cualquier procedimiento ordinario que pueda ser lento o engorroso. El desaparecido Tribunal Constitucional sobre este particular ha expresado:

Que, la acción de amparo es una garantía constitucional por naturaleza expedita y sencilla, precisamente por su función de protectora de derechos humanos, por lo que no es aceptable que habiéndose presentado esta acción ante el juez de instancia el 1 de marzo de 2004, recién convoque a audiencia pública para el 17 de marzo de 2004, es decir, en exceso el tiempo de las 24 horas subsiguientes a la presentación de la demanda, según establece el art. 49 de la Ley de Control Constitucional; así como es inaceptable que dicte resolución el 19 de mayo de 2004, es decir, más de sesenta días después de presentada la demanda, desfigurando la naturaleza ágil y oportuna de esta acción, consideraciones que se realizan independientemente de que la acción de amparo propuesta haya sido concedida o negada.⁶⁶

De lo anterior se puede decir que el amparo persiguió dos finalidades: ofrecer protección inmediata a la persona cuyos derechos se afectan –a la que se le suele denominar agraviado-; y restablecer o reponer las cosas al estado anterior a la violación de un derecho protegido.

En este punto debemos analizar contra que actos procedía la acción de amparo, como sabemos la autoridad pública para desenvolverse correctamente y cumplir con su responsabilidad administrativas inherentes a su competencia, materializa sus actuaciones a través de actos jurídicos, los cuales pueden ser unilaterales, bilaterales, simples, complejos, generales, particulares, reglados, discrecionales, declarativos, etc., y para que estos actos sean válidos y eficaces tienen que estar sujetos a requisitos de forma y fondo establecidos en la ley, por lo tanto, los actos administrativos que dicte la autoridad pública en forma ilegítima, contra los derechos subjetivos de las personas establecidos en la Constitución serán motivos para la interposición de la acción de amparo.

⁶⁶ Caso No. 397-2004-RA.

Pero no solo los actos de la administración pueden violar derechos constitucionales, sino también las omisiones ilegítimas de un acto o hecho administrativo, la Constitución de 1998 sostenía que toda persona tiene derecho a dirigir peticiones a la autoridad y a recibir respuestas pertinentes en los plazos adecuados, (artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado). Sin embargo, frente a la actitud de inercia, de desidia, de queme importismo que en forma voluntario o involuntaria asuma un funcionario público con respecto a una conducta que requiera un pronunciamiento concreto e inmediato y que pueda causar daño grave e irreparable, el amparo es la acción que puede ser presentada por cualquier persona que se sienta afectada por la omisión ilegítima e inconstitucional de una autoridad pública, esta misma regla se la debe aplicar a las personas que presten servicios públicos por delegación o concesión y a los particulares al ser afectados intereses comunitarios, colectivos o derechos difusos.

El Art. 88 de la Constitución vigente (2008), al referirse a la Acción de Protección, señala que es procedente en contra de actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judiciales; contra políticas públicas cuando supongan la privación del goce o ejercicio de los derechos constitucionales; y cuando la violación proceda de una persona particular, si la violación del derecho provoca daño grave, si presta servicios públicos impropios, si actúa por delegación o concesión, o si la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

La acción de amparo no procedía en los siguientes casos específicos, contra las decisiones judiciales, y que ahora de conformidad con la nueva Constitución si es procedente, por la interposición de la “Acción Extraordinaria de Protección”, ya que se sostenía que la acción no es un mecanismo para resolver problemas que le compete a la justicia ordinaria, y se atentaría contra la independencia de la función judicial; actos extinguidos, por la clara razón que el acto ha sido derogado y por lo tanto ya no existe ninguna violación, es decir, no existe materia que tratar; por la impugnación de la legalidad del acto, por cuanto se debe considerar que la acción de amparo, solo debe conocer situaciones de actos que violen derechos constitucionales de las personas y no legales, ya que esta materia es normada por los procedimientos contenciosos administrativos, y dentro de este campo podemos señalar que no procede el amparo contra actos que vulneren derechos protegidos por otras vías constitucionales o legales; tampoco contra actos de gobierno, por ser su característica primordial la discrecionalidad y los actos de naturaleza contractual o bilateral.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Luego de revisado y analizado el presente tema desde el punto de vista doctrinario y de la práctica jurídica en el Ecuador, podemos concluir señalando que los efectos de los vicios de la voluntad de los actos administrativos no tiene resultado especial o un tratamiento distinto a cualquier vicio que pueda afectar a la validez de los actos adoptados por la administración pública. Si hay que diferenciar las causas dentro de la voluntad que producen esta clase de vicios; por lo que enunciaremos las mas relevantes:

1. Como se analizó dentro de la naturaleza jurídica de la voluntad, la doctrina ha desarrollado varias teorías sobre ésta, al considerarla como un elemento autónomo del acto administrativo, y la otra como una parte intrínseca de los demás elementos del acto administrativo; pero para el estudio del presente trabajo debemos considerar a la voluntad como un elemento independiente de los demás elementos, pero no aislado de los demás (competencia, objeto, forma, motivación, etc.), se podría decir que es el elemento más importante del acto administrativo, y es el que da unidad y validez a los actos administrativo, ya que es la generadora de las decisiones de la administración.

2. Los vicios de la voluntad producen como efectos los mismos que se generan de los demás vicios del acto administrativo, esto es la anulación, revocatoria y la convalidación.

3. Se puede llegar a concluir que los vicios de la voluntad cuando tienen su fundamento en razones de legitimidad son nulos de pleno derecho, es decir, que no pueden ser convalidados por ninguna autoridad, simplemente se los considera inexistentes, en especial cuando vulneran normas de carácter constitucional; pero cuando se fundamentan los vicios en razones de mérito u oportunidad, tornan al acto administrativo como inoportuno o inconveniente, pero no ilegítimo, por lo que puede ser convalidado.

4. No se puede manifestar que los vicios señalados en el derecho civil, producidos por error, fuerza o dolo; sean similares o los vicios de la voluntad del derecho administrativo, ya que en el derecho civil no se puede hablar de voluntad sino de “*consentimiento*” para establecer la “*capacidad*” de obligación de los individuos, en cambio en derecho administrativo no se habla de consentimiento, sino de “*voluntad*” en estricto sentido, la misma que se va a exteriorizar fundamentándose en la “*competencia*” que le ley otorga a la autoridad administrativa.

5. El Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en su artículo 94 realiza una enumeración ejemplificadota de los actos administrativos que no pueden ser convalidados, con los cuales estamos de acuerdo, ya que los casos detallados, son los que contienen vicios groseros y por tanto no son susceptibles de convalidación alguna, así mismo el artículo siguiente (95), al señalar que todos los demás casos excepto los señalados en el artículo anterior (94), pueden ser convalidados, estamos de igual forma de acuerdo; pero al establecer que la forma taxativa que la “desviación de poder” es un vicio que puede ser subsanado o convalidado no estamos de acuerdo, ya que la arrogación de funciones por parte de una autoridad u otra persona, es un vicio que no es convalidable, pues va en contra del principio establecido en el artículo 226 de la Constitución vigente, que en forma clara dispone que “Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley...”.

6. Por último debemos de recomendar que la Función Legislativa, representada ahora por la Asamblea Nacional de conformidad con la nueva Carta Política, aprobada el 28 de Septiembre de 2008, debería unificar los procedimientos administrativos, ya que en la actualidad por falta de una Ley que regule los procesos administrativos, nos vemos envueltos en complejos procesos que cada institución del Estado tiene para atender los requerimientos de los administrados, esta nueva ley, debe ser

clara y coherente tanto con la realidad nacional como con los avances de la doctrina en derecho administrativo, ya que no debemos de cometer los errores cometidos en las últimas reformas al Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, ya que por copiar un modelo administrativo Español, nos encontramos sumergidos en una normativa que no refleja la verdadera situación jurídica ni social del Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

- Altamirano Pedro Guillermo, Curso de Derecho Administrativo, Editorial Depalma, 1971.
- Alessandri Rodríguez Arturo y Somarriva Manuel. “Curso de Derecho Civil”, Santiago de Chile- Chile, Edt. Nacimiento.
- Benalcazar Juan Carlos “El vicio de desviación de Poder, como causa de nulidad de los actos administrativos”, Revista Judicial, Edt. Diario La Hora.
- Bielsa Rafael, Derecho Administrativo, Buenos Aires Argentina, 6ª. Ed., Edt. La Ley, 1980.
- Boquera Olivier José María, Estudio sobre el acto administrativo, Madrid, Civitas, 1993.
- Cassagne Juan Carlos, Derecho Administrativo, Edit. LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires-Argentina, Ed. 7ª. 2002.
- Diez Manuel María, “El Acto Administrativo”, Buenos Aires Argentina, Editorial TEA, 1961.
- Dromí Roberto, El Acto Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 3ª. Ed. 1997.
- Dromí Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Ediciones Ciudad Argentina, 4ª. Ed. 1995.
- Escola Héctor Jorge, Tratado General de Procedimiento Administrativo, Buenos Aires-Argentina, edt. Delpalma, 1975.
- García de Enterría y Fernández Tomás Ramón, “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Madrid-España. Ect. Civitas 5ª. Ed. ,1991, p.549.
- Gordillo Augusto, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª. Edc., Tomo 3, 2000.
- Marienhoff Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo II, Buenos Aires Argentina, Editorial Abeledo-Perrot, 3ª ed.
- Morales Tobar Marco, “Derecho Constitucional para Fortalecer la Democracia Ecuatoriana”, Quito-Ecuador, Editorial Konrad Adenauer Stiftung, 1999.
- Penagos Gustavo, El Acto Administrativo, Sta. Fe de Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 5ª. Ed., 1992.

Prieto Fernando “La Desviación de Poder”, <http://www.libertaddigital.com/index.php?action=desaopi&cpn=19154>, 18 de septiembre de 2008.

Sayaguez Laso Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, I, Montevideo, Editorial Talleres gráficos Barreiro y Ramos S.A., 1963.

Secaira Durango Patricio, “Curso de Derecho Administrativo”, Editorial Universitaria, Quito-Ecuador, 2004.

Vidal Perdomo Jaime, Derecho Administrativo, Cali, Editorial Bco. Popular, 6ª. Ed., 1978.

Zanobini Guido, Curso de Derecho Administrativo, I Parte General, Buenos Aires, Ediciones Acayú.

LEYES APLICABLES

Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998.

Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Ley Orgánica del Control Constitucional

Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa (LOSSCA)

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada

Código Tributario.

Reglamento de Operaciones Hidrocarburíferas dictado mediante Acuerdo Ministerial No. 389 publicado en el Registro Oficial No. 671 de 26 de septiembre de 2002.

Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para Operaciones Hidrocarburíferas

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

JURISPRUDENCIA

Casos Nos. 0700-07-RA, 1153-99-AA y 397-2004-RA.