

T-000549



UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR, SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO

MENCION DERECHO ADMINISTRATIVO

“LA ACCION DE LESIVIDAD”

Autor:

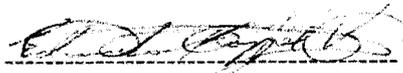
EDUARDO KOPPEL VINTIMILLA

AÑO: 2007

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.



Abg. Eduardo Koppel Vintimilla.
Fecha: 13 de diciembre del 2007.

UNIVERSIDAD ANDINA SIMON BOLIVAR, SEDE ECUADOR

AREA DE DERECHO

MAESTRIA EN DERECHO

MENCION DERECHO ADMINISTRATIVO

“LA ACCION DE LESIVIDAD”

Autor:

EDUARDO KOPPEL VINTIMILLA

Tutor:

JUAN PABLO AGUILAR ANDRADE

AÑO: 2007

Abstrac.

La acción de Lesividad en el presente tema a tratarse no es el simple resultado de la revocación o no de los actos administrativos si no que su estudio parte desde los principios generales y universales del derecho como son el principio de legalidad, el de oportunidad, el de autotutela administrativa, llegando a conocer y expresar lo que es el conocimiento de la potestad administrativa discrecional y si esta puede o no derivar en desviación de poder, si en estos casos se justifica el actuar administrativo de manera justa o no, el estudio a través de los diferentes enfoques doctrinarios y sus disposiciones conceptuales nos llevan a la siguiente pregunta ¿Es posible declarar un acto como lesivo sin vulnerar principios de Derecho? O será correcto el actuar de la administración al considerarse como infalible en la toma de sus decisiones, todo esto en una primera etapa antes de ahondar en el estudio de nuestro país referente a las administraciones públicas tanto la central como la Institucional. Las cuales en virtud de nuestro Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva encuentran contradicciones normativas para su obrar.

Así también el paso por los posibles vicios que se generan de estas decisiones administrativas puesto que en su mayoría pueden tratarse de aspectos discrecionales, o al generar ya derechos a terceros los mismos pueden encontrarse viciados presentando una vez más una serie de ventajas y desventajas con su presentación, por último el procedimiento a seguirse en la acción de Lesividad en base de el estudio realizado así como el tratado respectivo sobre el tema de la acción de Amparo procedimiento cuestionado en nuestro medio como una medida cautelar.

INDICE

Presentación.	
Autorización.....	2
Abstrac	3
INTRODUCCION.....	4
<u>Capitulo Primero.-</u>	
1.1 Planteamiento General del Tema.....	5
1.1.1 El Principio de Legalidad.....	6
1.1.2 La Desviación de Poder.....	8
1.1.3 El Principio de Oportunidad.....	8
1.1.4 El Principio de Autotutela Administrativa.....	9
1.2 Disposiciones Conceptuales y los Enfoques Doctrinarios.....	11
<u>Capitulo Segundo.-</u>	
2.1 La Acción de Lesividad como producto de la Administración Pública... 16	
2.1.1 La Acción de Lesividad en el caso de la Administración Pública Central.....	16
2.1.2 La Acción de Lesividad en el caso de la Administración Pública Institucional.....	20
2.2 Clases de Actos Lesivos.....	23
2.3 Necesidad de la revocatoria de los actos administrativos.....	23
<u>Capitulo Tercero.-</u>	
3.1 Vicios que afectan la acción de lesividad en el derecho.....	25
Vicios leves y Vicios Graves.....	25
3.2 Actos Impugnables y Actos Revocables.....	26
3.3 Beneficios y desventajas que se presentan por la falta de la declaración de lesividad.....	34
<u>Capitulo Cuarto.-</u>	
4.1 Procedimiento a seguirse en la Acción de Lesividad.....	42
4.2 La acción de Amparo.....	50
Conclusiones.....	66
BIBLIOGRAFÍA.....	67

INTRODUCCION.

De manera adecuada espero poner a consideración de los lectores este interesante tema motivo de cambios y evoluciones que tienen que surgir por la idea de que La Acción de Lesividad es como un proceso producto del Derecho y la correcta congruencia que se ve obligado a presentar el mismo más comparar la acción de Lesividad como producto de la estabilización de un acto administrativo generador de derechos, con el proceso cognitivo y volitivo en sus fases de creación, formación, materialización y las consecuencias del que de este proceso pueden desprenderse.

Esta Tesis de Maestría va enfocada a un plano nuevo sobre el proceso de declarar lesivo un acto o a la institución jurídica de la acción de lesividad propiamente dicha, las condiciones indispensables que se tienen que dar en un proceso el cual contiene todos los presupuestos los fundamentos de la conformación de la voluntad así como sus defectos, vicios para llegar a una resolución óptima, completa, y legítima así contemplando como parte inicial la Constitución su importancia jerárquica manifestada en el conocimiento de los ciudadanos de la necesidad de precisar el llegar a un debido proceso y observando sus principios generadores de derecho como son el de oportunidad el de legalidad para que estos entren en su correcta fundamentación así como el correcto obrar de la administración.

CAPITULO PRIMERO.

1.1 Planteamiento General del Tema.

La relación que guarda el Estado con sus administrados puede trasladarse de un concepto de seguridad pública a seguridad jurídica; siendo esta el principal punto de encuentro para los polos existentes entre el abuso del derecho y el abuso del poder por encontrarse estos en una administración que comete actos arbitrarios tiene que existir instituciones jurídicas reguladoras como la acción de lesividad, el tema de por si es complejo ya que al tratarse de regular o conocer el principio de autotutela administrativa; se vulnera el mismo al obligar a la administración a recurrir a sede judicial, por sus propias decisiones contradiciendo un principio fundamental del derecho administrativo según sostiene Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández ya que "La administración esta capacitada como sujeto de derecho para tutelar por si mismas sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial".¹

Como este es el primer punto a tratarse tendremos que descifrar esta contradicción existente en el mundo jurídico la cual permite ver que no todo lo hecho o realizado se presume de legal por parte de la administración, pues lo así consignado en nuestra carta magna en el artículo 119, que se lo conoce como el principio de legalidad; el mismo que también se ve vulnerado por otra vez tener que revisar las acciones de la administración y peor aún en sede judicial, como es el caso de la acción de lesividad; dejando a este principio en un mero enunciado; así nos preguntamos si es que la administración no puede o no debe presumir que sus actos son legítimos en primera instancia y para luego encontrarnos con el otro planteamiento que es si este actuar es oportuno lo cual deja serias dudas de la institución jurídica a la que recurrimos, ya que

¹ Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández . Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas. 1999, tomo I, pág. 499

para solucionar una controversia de derecho, a través de ella se conculcan tres principios fundamentales del Derecho. Así tenemos:

El Principio de Legalidad.-

Para el tratadista Eduardo García de Enterría el Derecho Administrativo es un hijo directo del "reino de la Ley", el cual supone la legalización completa a toda la acción del Estado sobre los ciudadanos². Como se puede apreciar en el Estado de derecho se caracteriza no solo por un elemento formal que es el reconocimiento de los derechos subjetivos, si no también por la forma en que estos derechos y objetivos se van alcanzando; por lo que se analiza a él, Estado y principalmente dentro de él; a la administración con sometimiento, a la ley lo que se denomina principio de legalidad: dentro de dicho principio se postula que la administración se somete en todo momento a la ley, pero al referirnos a la ley lo hacemos en todo su sentido o en su sentido más amplio por lo que se ha de entender que la administración no se somete solo a la ley, si no a todo el bloque de legalidad. Así se garantiza a los ciudadanos que por medio de las leyes se de un espacio de libre desenvolvimiento, de predictibilidad y certeza en el accionar del Estado.

El principio de legalidad es la columna vertebral del derecho y de la actuación administrativa por lo que debe concebirse bajo la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto:

- 1.- Delimitación de su aplicación o reserva legal.
- 2.- Ordenación jerárquica de sujeción de las normas a la ley.
- 3.- Determinación de las normas aplicables a cada caso concreto.
- 4.- Precisión de los poderes que la norma confiere a la Administración.

Siguiendo estos cuatro pasos se tiende a que el procedimiento proteja subjetivamente al recurrente y también a la defensa de la norma jurídica

²Eduardo García de Enterría, Democracia. Jueces y Control de la Administración. Madrid, Civitas, 2000. Quinta Edición Ampliada, pág. 40.

objetiva. logrando así mantener el imperio de la legalidad y la justicia en el funcionamiento administrativo.

1.- Normatividad Jurídica- Toda la actuación administrativa debe de sujetarse y sustentarse en normas jurídicas, sin importar cualquiera que fuere su fuente de origen sea esta constitucional, legislativa o administrativa. En suma la totalidad del ordenamiento jurídico rige para cada caso concreto.

2.- Jerarquía Normativa.- Este punto es claro ninguna norma o acto que sea emanado o dictado de un órgano inferior podrá dejar sin efecto a lo dispuesto por otra de rango superior. Principio consagrado en nuestra constitución política en el artículo 272 cuando se refiere a la supremacía de la constitución en su inciso segundo dice que: "Si hubiere conflicto entre normas de distinta jerarquía, las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas lo resolverán, mediante la aplicación de la norma jerárquicamente superior."³

Así citamos el fallo de la excelentísima Corte Suprema de Justicia en su sala pertinente a lo Contencioso Administrativo que dice: "Un, Decreto Ejecutivo por importante que éste sea en el orden jerárquico se encuentra subordinado a las disposiciones de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos, y en consecuencia no pueden reformar las de tales instrumentos normativos."⁴

De está condición entendemos que de ninguna manera se puede alterar el orden jerárquico de la constitución ya sea a través de las disposiciones contenidas en las leyes ni en los decretos, y los reglamentos que establecen que los funcionarios de las instituciones públicas no tienen otras atribuciones que las establecidas en la ley y estas se encuentran subordinadas en un orden jerárquico ya establecido en nuestro sistema jurídico.

3.- Igualdad Jurídica.- Las actuaciones administrativas no pueden permitir que exista desigualdad en sus decisiones es decir conceder privilegios a unos y

³ Constitución Política de la Republica del Ecuador, ediciones jurídicas 1998, pág. 92.

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo; juicio No. 201-1999; de fecha 30 de junio de 1999, seguido por David Vélez Pinargote en contra de la Empresa de Agua Potable y Afcantarillado de Manta, del Registro Oficial No. 209 del lunes 4 de Octubre de 1999, pág. 21.

negárselos arbitrariamente a otros, la administración esta obligada a dar un tratamiento igualitario a todos sus administrados. A esto se suma un factor psicológico que es por parte de la administración el perseguir en todas sus actuaciones el interés público.

4.- Razonabilidad.- Toda la actuación de la administración debe encontrar su justificación exacta en los preceptos legales, en los hechos y las conductas que las causen, no pueden estos extenderse más allá de lo propuesto por el bloque de la legalidad, así se da la precisión de los poderes que justifican a la norma bajo el actuar administrativo.

La Desviación de Poder.- Es la manifestación arbitraria de la administración para desviar la actuación de la misma con fines o intereses particulares. Esta se ve enmarcada en razones como los fines políticos, personales como motivos de odio o conveniencia. Considero que el acto administrativo ejerce una función de policía y para que se dicte debe tener un fin de policía.

La persecución de un fin distinto del principal con detrimento de este, constituirá en desviación de poder, para evitar esto los fines principales del acto serán fijados por el ordenamiento, sin embargo la ausencia de ley que indique los fines principales, no creará discrecionalidad del administrador al respecto pero si del juez quién deberá determinarlos con vista de los otros elementos del acto y del resto del ordenamiento.

Cuando el acto no esté regulado deberá ser legítimo y proporcionado al contenido del mismo y cuando se encuentre regulado pero de manera imprecisa deberá ser razonablemente conforme a los conceptos indeterminados que existen y que estos sean empleados por el ordenamiento.

El Principio de Oportunidad.-

Este principio presupone una atribución especial que tiene la administración a través del poder de policía que esta posee de actuar discrecionalmente para tutelar los bienes jurídicos; empero de ello también presupone que el actuar de la administración se deja a un campo reducido de criterios propios de oportunidad, pues esta llamada así a defender su actuar en los diferentes casos o posturas que se adopten esto va como una

regla general, por que como es entendible las circunstancias de hecho pueden en cada caso reducir al juego de la oportunidad, hasta prácticamente hacerlo obligada a la normativa jurídica determinada para cada caso. Obviamente en razón del interés público pero es precisamente aquí en donde el cambiar de opinión o criterio por parte de la administración es donde se ha convertido en un problema para la misma ya que esta ha dejado expuesta así su irregularidad y contradicción con el criterio de legalidad pero para García de Enterría y para Ramón Fernández se puede encontrar un equilibrio que garantizaría tanto el interés público, como al de los particulares, permitiendo que los actos se revoquen por motivos de considerarios de oportuna conveniencia, pero so pena del correspondiente resarcimiento en base a "una indemnización adecuada que compensase la pérdida de los derechos reconocidos por el acto revocado."⁵

Para no mal interpretar el falso dilema que se presenta entre legalidad y oportunidad, debemos, tenemos que aceptar que la Ley puede y debe concederle a la administración tanta libertad como necesite para cumplir eficazmente todas sus complejas tareas más aun, cuando esta libertad cualesquiera que sea sus términos, para que la ley convenga en otorgársele en cada caso vendrá siempre acompañada o condicionada en una u otra medida a la norma constitucional y al derecho al que se somete plenamente a la actuación administrativa.

El Principio de Autotutela Administrativa.-

Este principio consta del actuar administrativo y su fundamental derecho, en virtud del cual la administración esta facultada para no acudir a sede judicial para poder declarar y ejecutar sus derechos. Dentro de estos presupuestos fundamentales vemos que la administración esta obligada a recurrir a un proceso por ella conocida como discrecionalidad administrativa, y como sostenía Bernard Schwartz al decir que "Verdaderamente de que se trata el derecho administrativo si no es del control

⁵ Eduardo García de Enterría y Tomás Fernández. Curso de Derecho Administrativo. Madrid, Civitas, 1999, tomo I, pág. 651-652.

de la discrecionalidad?"⁶, este es un tema clásico de la teoría del Derecho, el mismo que no tiene que ser confundido con arbitrariedad administrativa siendo así que lo discrecional no es arbitral, explicándolo de esta manera el poder discrecional implica la existencia de un margen de libertad de decisión, ya sea en lo relativo a la oportunidad, o conveniencia de un acto, sea también en lo relativo a su contenido, o sea también, en cuanto a la elección del destinatario.⁷ No es posible confundir aquello lo discrecional, pues este debe encontrarse justificado de motivaciones suficientes, estas sean discutibles o no pero en todo caso considerables y acatables desde todo punto de vista. Mientras que lo arbitrario consta y obra de la voluntad injustificada o no tiene motivación justificable y respetable si no pura y simplemente "pro racione voluntas."⁸ En razón de la voluntad; lo que hace que esto se caracterice por la falta de autenticidad y lo poco definible del obrar administrativo, si se quiere encontrar el perfecto sentido congruente de; él obrar administrativo se debe encontrar en todo momento la motivación adecuada para cada actuación así tenemos que la motivación constituye el primer principio o criterio de deslinde entre lo arbitrario y lo discrecional, lo no motivado es ya de por sí un criterio arbitrario, la motivación no solo es un criterio elemental de cortesía sino además encuentra en un riguroso requisito de declaración de derechos, que comprende esta el manejo de la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental.

Algo que es claro de entender es que el poder administrativo en un estado de derecho ideal, es que este radica en un poder funcional ligado estrechamente a un poder discrecional, pues este está obligado a dar cuenta de su efectivo servicio a la función para la que fue creada, a justificar su ejercicio de conformidad a la Ley y el Derecho, lo que se encuentra expresamente sometido por las Normas Fundamentales.⁹ La naturaleza del derecho es la de

⁶ Eduardo García de Enterría. Democracia. Jueces y Control de la Administración. Madrid. Civitas. 2000. Quinta Edición Ampliada. pág. 31.

⁷ Manuel María Díez, Op. Cit. Tomo I, Pág. 133.

⁸ Tomás Ramón Fernández. De la Arbitrariedad de la Administración. Civitas. cuarta edición pág. 87.

⁹ Por que se otorga por la Ley en contemplación no de un interés de la Administración, que no tiene intereses propios sino intereses colectivos a los que esta institucionalmente obligada a servir. Son por ello funciones, como dice Santi Romano, en el concepto de Poderes. Potestades, en fragmentos de un Diccionario Jurídico, Buenos Aires, 1964 pág. 310 y la libertad máxima a ellas consentida "No es nunca el pleno arbitrio, si no el prudente arbitrio."

justificar actuaciones, decisiones. Por esto el derecho no puede y no podrá nunca rehuir a la cuestión del fundamento.

Ahora bien el problema de entender hasta adonde llega o puede llegar ese esfuerzo de fundamentación en las decisiones es algo que no puede afirmarse así de simple y a priori, obviamente esta afirmación dependerá de la naturaleza del asunto, de las concretas circunstancias que rodean al mismo, y por condicional la concreta estructura de la norma que ha de aplicarse o que habilite para cada caso. Lo que sí es necesario de entender y analizar es que a más libertad de acción tiene que ser más precisa y cuidadosa debe ser la fundamentación.

En efecto para que la administración utilice como su último reducto lo discrecional, sin caer en una zona imprecisa de margen de apreciación se utiliza la correcta fundamentación motiva para cada caso; así se dice que a través de formulas y argumentos diversos estos no pueden admitirse como, si la decisión administrativa adoptada dentro de este margen sea sustituida igualmente por la decisión, igualmente discutible de los jueces. "Con ello se vuelve en cierta manera al principio de: un cierto sector de la actividad administrativa permanece exterior y ajeno al control judicial."¹⁰ Así este planteamiento nos obliga a efectuar una importante distinción que es: una cosa es declarar nula la decisión administrativa y otra muy distinta sustituir su contenido.

Para la Administración que dispone de una libertad, sea esta en mayor o menor grado y que puede utilizar entre varias soluciones que considere las mas adecuadas a cada caso, libertad que es solo suya, podrá encontrar en la correcta y congruente fundamentación de la norma habilitante el poder discrecional adecuado, que se encontrará perfectamente justificado.

1.2.- Disposiciones Conceptuales, y los enfoques doctrinarios.

¹⁰ Tomás Ramón Fernández, De la Arbitrariedad de la Administración, Civitas, cuarta edición pág. 106.

Dentro de los enfoques doctrinarios tenemos que precisar que el derecho administrativo cumple un papel preponderante entre todos los sistemas jurídicos, siendo así, el más importante para los estados de España, y Francia por parte de Europa; sistemas que como ya es sabido han evolucionado del código romano y del código napoleónico pero para poder analizar la actuación contenciosa administrativa tenemos que remontarnos, cuando esta surge en el sistema imperial puro. Cuando en 1806 Napoleón crea la Sección de lo Contencioso-Administrativo en el Consejo de Estado francés, bueno claro que lo hizo bajo el sustituto de doctrina más poderoso que existía en ese tiempo, este es el principio monárquico que como es de entender el monarca sustituía cualquier decisión en última instancia, desde esta fecha evolucionan en los diferentes sistemas jurídicos, todos los temas del derecho administrativo siendo así que para finales del siglo 20, en nuestro caso respecto del tema concreto, cuando la Ley de la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa,¹¹ contiene una clara referencia de la acción de lesividad cuando, en su literal D) del artículo 23 sostiene que pueden “demandar la declaración de no ser conforme a derecho y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración”, esto se refiere al “órgano de la Administración autor de algún acto que en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por si mismo.” Así también el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva en su Artículo 97 al hablar de la lesividad nos dice que:

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

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

¹¹ Ley 35, publicada en el Registro Oficial 338 del 18 de Marzo de 1968.

La acción contenciosa de lesividad, podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.”¹²

Como es sabido el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva es el que introduce por primera vez normas detalladas sobre la acción de lesividad, pero a su vez su introducción ha generado las siguientes consideraciones:

El primer problema que este presenta, es la jerarquía normativa del Estatuto pues lo que en un principio se le pretendió dar un rango de ley, se ha definido a través de la jurisprudencia como un reglamento que se encuentra subordinado a la ley, inclusive el mismo autor y defensor del estatuto el Dr. Jorge Zavala Egas reconoce el carácter reglamentario que este presenta.¹³

El segundo problema como si fuera poco es el ámbito de aplicación que este presenta pues tanto la primera disposición transitoria de la ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada¹⁴, la cual dispuso la expedición del Estatuto, como la Constitución Vigente en su artículo 171. Numeral 9, se refieren a un régimen jurídico aplicable a la función Ejecutiva.

Para el efecto en la actualidad el ámbito de la Función Ejecutiva se encuentra establecido en el Artículo 118 de la Constitución Política de la República, quién al hablar de las instituciones del Estado en su numeral primero se refiere a “los organismos y dependencias de las Funciones Legislativa, Ejecutiva y Judicial.”

Luego se refiere con acierto a otras instituciones todas ellas con personería jurídica, entonces del texto constitucional se desprende que una serie de entidades o de dependencias de derecho público, son parte de las instituciones del Estado, por lo que adquieren una personería jurídica del Estado. A

¹² Reforma: El segundo y tercer inciso del Artículo 97 han sido sustituidos, conforme se indica en el Artículo 15 del Decreto Ejecutivo 2772, publicado en el Registro Oficial 616 del 11 de Julio del 2002.

¹³ Jorge Zavala Egas, Introducción Al Derecho Administrativo, Guayaquil, Edino 2003 págs. 266-270. La Asamblea de 1998 ha eliminado las disposiciones que servían al Estatuto del Ejecutivo como ley delegada y en consecuencia de esto el mismo ha perdido ese carácter.

¹⁴ Ley 50, publicada en el registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.

continuación la Constitución Política de la República, desarrolla las instituciones que pertenecen a la Función Ejecutiva, y refiere a la presidencia y vicepresidencia de la República, a los ministerios de Estado y a la fuerza pública. Ahora bien con la intención de tener un procedimiento administrativo común para la mayoría de instituciones establece que son parte del Ejecutivo una serie de instituciones que la Constitución considera diferente y separada de esa función del Estado.

En efecto, el vigente artículo 2 del Estatuto enumera, como parte de la Función Ejecutiva, no solo a la Presidencia y Vicepresidencia de la República y a los ministerios de Estado¹⁵, a los que denomina administración pública central, sino también a la que considera administración institucional, integrada por las personas jurídicas adscritas a las instituciones de la Función Ejecutiva y las personas jurídicas autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados en la mitad o más por delegados o representantes de organismos, autoridades, funcionarios o servidores que integren la administración pública central.

Si volvemos al texto constitucional, las personas jurídicas que el Estatuto considera parte del Ejecutivo, como integrantes de la administración pública institucional, aparecen en el número 5 del artículo 118 de la Constitución como "organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado". Se trata, entonces, de instituciones que la Constitución considera fuera de la Función Ejecutiva y que, por lo tanto, no podrían integrarse a ella por mandato de un reglamento.

Conforme lo dicho, a partir de 1998, cuando entró en vigencia el artículo 118 de la Constitución Política de la República, la administración pública institucional dejó de pertenecer al Ejecutivo y, por lo tanto, el ámbito de aplicación del Estatuto se restringe a las instituciones de la administración pública central.

¹⁵ Se incluyen los órganos adscritos y dependientes, tanto a la Presidencia y Vicepresidencia, como a los ministerios de estado.

Es bueno anotar que la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Suprema no ha considerado este particular y asume como integrantes de la Función Ejecutiva a todas las instituciones enumeradas por el artículo 2 del Estatuto. Eso ocurre, por ejemplo, en el caso del Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, al que la Sala aplica las normas del Estatuto en materia de lesividad¹⁶.

Un tercer problema, que se relaciona con el anterior, es el que surge como consecuencia de las reformas de diciembre de 2002¹⁷, reformas que sustituyeron el libro segundo del Estatuto para establecer un procedimiento administrativo común para la Función Ejecutiva¹⁸ y que tuvieron el serio defecto de mantener intocadas disposiciones que, sobre la misma materia, constaban en el libro primero. Los casos más claros son los de los artículos 94, 95 y 97 del libro primero y 129, 130 y 168 del libro segundo, que regulan de manera distinta las irregularidades de los actos administrativos (anulabilidad y nulidad de pleno derecho) y la acción de lesividad.

La solución obvia es aplicar los principios generales del derecho en materia de conflictos normativos y considerar que, entre normas de igual jerarquía, la posterior sustituye a la anterior aunque no lo diga expresamente; es la derogatoria tácita a la que se refiere el artículo 37 del Código Civil. Las normas del libro primero del Estatuto, según esto, estarían derogadas en todo lo que se oponga a las que constan en el libro segundo.

Pero el problema se complica si atendemos al ámbito de aplicación que el Estatuto fija para cada uno de sus libros; mientras el libro primero se aplica

¹⁶ Sentencia de 27 de mayo de 2002, juicio Guido Tadeo Garzón Ponce vs. Instituto Nacional de Desarrollo Agrario, G.J., XVII, 10, 3341. El Instituto Nacional de Desarrollo Agrario es una persona jurídica de derecho público, adscrito al Ministerio de Agricultura y Ganadería y, por lo tanto, es parte de lo que el Estatuto denomina administración pública institucional (Ley de Desarrollo Agrario, publicada en el suplemento de Registro Oficial 315 de 16 de abril de 2004).

¹⁷ Decreto Ejecutivo 3389, publicado en el Registro Oficial 733, de 27 de diciembre de 2002.

¹⁸ Estas reformas recogen el texto de la ley española de procedimiento administrativo.

tanto a la administración pública central como a la institucional¹⁹, el libro segundo se limita a contener normas para la administración pública central²⁰.

Esto quiere decir que, si aceptamos lo dicho anteriormente sobre la indebida extensión del Estatuto a la administración pública institucional, las normas del libro primero que se opongan a las reformas introducidas en 2002 deben considerarse derogadas; pero si ese criterio es rechazado, las normas del libro primero, en lo que contradigan a las del segundo, mantienen su vigencia y son aplicables a las instituciones de la administración pública institucional.

Como veremos enseguida, la alternativa que se escoja produce consecuencias directas sobre el tema de la acción de lesividad.

Capítulo Segundo.

2.1.- La Acción de lesividad como producto de la Administración.

En este punto se ha reducido al análisis de la acción de lesividad como resultado de los dos tipos de administración que presenta el estatuto tanto la administración pública central como la administración pública institucional.

2.1.1.--- La acción de lesividad en el caso de la administración pública central.

Empecemos por analizar la forma en que el Estatuto regula la acción de lesividad en el caso de las instituciones de la administración pública central.

El Estatuto sí contiene normas detalladas en materia de revocación de actos administrativos y parte de distinciones como las que hemos señalado.

¹⁹ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 1.

²⁰ Ibid., art. 100.

El número 1 del artículo 170, por ejemplo, se refiere a los actos de gravamen y dispone la posibilidad de que la administración los revoque “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”.

También diferencia entre la revocación por razones de oportunidad y la que se funda en motivos de legalidad.

En el primer caso, el artículo 92²¹ dispone que le es posible revocar un acto administrativo por razones de oportunidad siempre que, cuando esa revocación “afecte total o parcialmente un derecho subjetivo”, se pague “la debida indemnización por el daño que se cause al administrado”.

En materia de revocación por razones de legalidad, el Estatuto parte de distinguir dos clases de irregularidades en el acto administrativo: las que producen nulidad de pleno derecho y aquéllas que generan anulabilidad.

Son causas de nulidad de pleno derecho, conforme el artículo 129, las siguientes:

- a) La lesión ilegítima de los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;
- b) La incompetencia del órgano por razón de la materia, del tiempo o del territorio;
- c) El contenido imposible de un acto;
- d) El hecho de que el acto sea constitutivo de infracción penal o que se dicte como consecuencia de ésta;

²¹ Este artículo se encuentra en el libro primero del Estatuto, pero es aplicable por no existir, en el libro segundo, ninguna disposición expresa relacionada con la revocación de actos por razones de oportunidad.

e) El haber prescindido 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) Otorgar facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y,

g) Cualquier otra causa establecida expresamente en una disposición de rango legal.

Cualquier otra irregularidad del acto, dice el artículo 130, incluida la desviación de poder, produce anulabilidad.

La diferencia fundamental entre la nulidad de pleno derecho y la anulabilidad tiene que ver con la convalidación, que solo es posible en el caso de los actos anulables²².

Pero también el tratamiento es distinto, para los actos nulos de pleno derecho y para los anulables, en materia de revocación.

Para revocar los actos anulables, dice el artículo 168, el Presidente de la República, los ministros de estado o las máximas autoridades de la administración pública central, según el caso, deberán expedir la correspondiente declaración de lesividad del acto, "a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo". El mismo artículo establece que la declaración de lesividad debe hacerse después de oír a cuantos aparezcan como interesados en el acto que se pretende revocar y en ningún caso si han transcurrido tres años desde que se dictó el acto.

²² Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, artículo 134:1.

El número 3 del mismo artículo 168 dispone que, una vez iniciado el procedimiento para declarar la lesividad, la correspondiente declaración debe hacerse dentro de los tres meses siguientes, produciéndose en caso contrario la caducidad del procedimiento. Para iniciar la acción de lesividad se fija el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.

En los demás casos, esto es, cuando se presenten causas de nulidad de pleno derecho, debe aplicarse la disposición del número 1 del artículo 167 del Estatuto:

La Administración Pública central, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud del interesado, declarará de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en este estatuto.

Los supuestos a los que se hace referencia son, indudablemente, los que el artículo 129 establece para la nulidad de pleno derecho pues, como hemos visto, de existir anulabilidad debe recurrirse a la acción de lesividad. Ese es, precisamente, el sentido de la norma que consta en el artículo 102.1 de la ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, de la que es una copia el número 1 de nuestro artículo 167²³; la diferencia está en que mientras el texto español es más preciso en relación con la copia ecuatoriana, pues se refiere expresamente al artículo que contiene las causales de nulidad de pleno derecho.

Conforme lo dicho, el Estatuto admite que los órganos de la administración pública central pueden revisar de oficio sus propios actos, cuando éstos se

²³ El artículo 102.1 de la ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dice: Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1.”

encuentren afectados por causas de nulidad de pleno derecho; sólo si la irregularidad que afecta a un acto administrativo es de aquéllas que producen anulabilidad, debe recurrirse a la acción de lesividad.

Es importante resaltar, como lo hace Garrido Falla en el caso del texto español²⁴, que no existe plazo alguno para que la administración pueda revocar sus actos afectados por causas de nulidad de pleno derecho; esto se desprende de las palabras "en cualquier momento", que utiliza el número 1 del artículo 167 del Estatuto.

2.1.2.--- La acción de lesividad en el caso de la administración pública institucional.

Si, como señalamos anteriormente, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no puede extenderse a las que denomina instituciones de la administración pública institucional, éstas deberían someterse a las reglas generales que, en materia de recurso de lesividad, se han definido a partir de la letra d) del artículo 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En caso contrario, las normas sobre la acción de lesividad a las que nos hemos referido en el apartado anterior no serían aplicables pues, como indicamos, el ámbito del libro segundo del Estatuto, en el que se encuentran, se limita a las instituciones de la administración pública central. Quedan, sin embargo, las disposiciones que sobre la materia constan en el libro primero, aplicable también a la administración pública institucional, y que no han sido derogadas expresamente.

Esas normas contienen, como veremos enseguida, reglas diferentes a las del libro segundo.

²⁴ Fernando Garrido Falla, Tratado de Derecho Administrativo, Madrid, Tecnos, 2001, tomo III, p. 25.

Esas reglas diferentes se limitan, sin embargo, a las causales de nulidad y a los casos en que es exigible la acción de lesividad. En temas como la revocación de actos administrativos por razones de oportunidad, existe una norma general, aplicable tanto a la administración pública central como a la institucional, que consta en el artículo 92 del Estatuto y según la cual, como lo anotamos en su momento, procede la revocación siempre que se pague "la debida indemnización por el daño que se cause al administrado".

Esta misma disposición debe considerarse aplicable a la revocación de actos de gravamen, pues ninguna norma expresa contiene el libre primero en relación con este punto; es evidente que, al tratarse de actos que imponen cargas a las personas, en este caso no procede el pago de indemnización alguna.

Las causas de nulidad de pleno derecho, que serían aplicables a la administración pública institucional, constan en el artículo 94 del Estatuto y son las siguientes:

- a) Incompetencia del órgano en razón de materia, territorio o tiempo;
- b) Que el objeto del acto sea imposible o constituya un delito;
- c) Que los presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento;
- d) Que el objeto del acto sea la satisfacción ilegítima de un interés particular "en contradicción con los fines declarados por el mismo acto"; y,
- e) Falta de motivación.

Saltan a la vista las diferencias entre estas causas y las transcritas anteriormente, enumeradas por el artículo 129; no vamos a hacer un análisis detallado del tema y nos limitamos a resaltar que el artículo 129 muestra una mayor preocupación por los principios constitucionales del debido proceso.

También en este caso, todas las irregularidades que puedan afectar a un acto administrativo y que no se consideren causas de nulidad de pleno derecho, incluida la desviación de poder, convertida al acto en anulable, conforme el artículo 95:

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.

En el punto concreto de la acción de lesividad, las normas del libro primero del Estatuto son completamente opuestas a las del segundo, pues el artículo 97 reconoce a la administración la facultad de revocar sus actos cuando éstos sean anulables, pero exigen plantear la acción de lesividad en el caso de nulidad de pleno derecho; esto es, completamente lo contrario de lo que sostiene el ya analizado artículo 168. Dice el artículo 97:

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

También en este caso el artículo 97 exige una declaratoria previa de lesividad, pero en este caso la misma debe ser hecha, mediante resolución, por "el ministro competente", esto es, aquél que tenga a su cargo el ministerio de estado al que se encuentre adscrita la entidad de la administración pública institucional de que se trate.

Una vez declarada la lesividad, el inciso final del artículo 97 fija un plazo de tres meses, igual al que consta en el artículo 168, para acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con la acción de lesividad.

2.2.- Clases de Actos Administrativos Lesivos.

- A) Actos Administrativos Discrecionales.- Al hacer referencia a estos entendemos que se trata de aquellos que tienen efectos continuativos puesto que estos pueden generar consecuencias en el resultado que se persigue por parte del interés público, haciendo necesario su retiro del mundo jurídico.

2.3.- Necesidad de la Revocación de los Actos Administrativos.

Para el análisis marco de este estudio tenemos que referirnos a las potestades de revocación de los actos administrativos, los mismos que enmarcados en la teoría de que toda causa genera su efecto, debemos entender que existe un compromiso de obediencia por parte de la administración y de los administrados. De manera que al referirse a la potestad revocatoria que tiene la administración se deducen elementos que son de características propias, desde el punto de vista de potestad y de administración y así tenemos que:

Los actos administrativos pueden revocarse por razones de legalidad y de oportunidad. En el primer caso procede cuando el acto administrativo esta viciado de tal modo que no es factible convalidarlo o subsanarlo del mal jurídico que adolece.²⁵ Aquí cabe una distinción que es que no son subsanables los actos administrativos cuando:

- a) Son expedidos por autoridad incompetente,
- b) Cuando su objeto sea ilícito y sea imposible de ejecutarse,

²⁵ Patricio Secaira Durango, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial universitaria primera edición, Quito- Ecuador, año 2004 pág. 194.

c) Cuando estos actos no se encuentran debidamente motivados.

En cambio la revocatoria por razones de oportunidad se produce cuando existen suficientes motivos de orden público que atenten contra el interés de los particulares a quienes la administración esta obligada a indemnizar puesto que sus derechos subjetivos, han sido lesionados por la expedición del acto.

Por parte de la administración ejerce su autonomía y su accionar administrativo propiamente dicho. Por parte de la potestad encontramos que se ejerce una irrenunciabilidad, y se fundamenta en que si fuere posible realizarla, habría desprendimiento de la capacidad de acción jurídica.²⁶ Además esta potestad ejerce su intransmisibilidad, su imprescriptibilidad que tiene como fundamento el hecho de que la potestad revocatoria no se ejercita como facultad si no como capacidad jurídica y como tal no se extingue por no ejercerla.²⁷ Y su indelegabilidad de la potestad revocatoria tiene como fundamento la genérica competencia para actuar de los órganos públicos bajo el determinado marco de ley que les es competente.

Para mi manera de ver existe una característica primordial en el tema en cuestión pues la potestad revocatoria es una potestad que tiene la administración quién está obligada a nombre del interés público, a revocar un acto como un deber más de la llamada actuación administrativa. Así mismo existen dos formas de ejercer la potestad revocatoria y son:

La directa que es aquella que puede ser ejercida por el mismo órgano que emitió el acto, siempre y cuando tenga la facultad para revocar; en esta potestad se tienen que reunir los siguientes requisitos:

- 1.- Competencia exclusiva para emitir actos, y para revocarlos.
- 2.- En caso de superioridad jerárquica se da la avocación de competencia.

²⁶ Pablo Tinajero Delgado, La acción de Lesividad, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Quito 1998, pág. 26.

²⁷ Pablo Tinajero Delgado, La acción de Lesividad, Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, Quito 1998, pág. 28.

La indirecta que se produce por la interposición de un recurso de un administrado. Aquí puede darse cuatro situaciones:

- 1.- Un recuso interpuesto por todo aquel que pretende que su derecho es lesionado por el acto que lo provoco.
- 2.- Un recurso que es interpuesto por todo aquel que tenga un interés legítimo
- 3.- Se puede dar la revocación en miras del interés público, aunque se produzca el desistimiento o abandono del recurso.
- 4.- Se puede revocar un acto valido por falta de mérito actual así como también se lo puede invalidar.

Capítulo Tercero.

3.1.- Vicios que afectan la acción de lesividad en el Derecho.

Aquí proceden acertadamente dos tipos de vicios en los actos que producen que estos sean invalidados y son:

Actos con Vicios Leves.--- Se ha sostenido a través del tiempo que los actos no pueden eliminarse en sede administrativa de adolecer vicios leves. Cuando la sola presencia de estos actos con vicios leves, afecten al interés público el órgano administrativo debe recurrir al ejercicio de la acción de lesividad ante el órgano jurisdiccional competente.

Actos con Vicios Graves.--- Aunque la doctrina no se ha puesto de acuerdo en este tema se ha de considerar que:

- A)** Algunos tratadistas sostienen que de generarse un acto con un vicio grave este no podría el concebir ningún derecho pues este adolece de legitimidad desde el momento mismo de su nacimiento por lo que la administración no esta obligada a recurrir a sede jurisdiccional y puede revocarlo libremente en sede administrativa.

B) Por otro lado una teoría quizá un poco más realista y funcional para nuestro medio, nos habla de que pese a la formación del acto con un vicio grave y así sea en el supuesto del cual no hubieran nacido derechos se tiene que acudir a sede jurisdiccional para por interpuesto recurso de lesividad invalidar el acto y retirarlo del mundo jurídico. Se piensa así por que de esta forma estarán mejor garantizados los derechos del administrado y no dependerán del arbitrio de algún funcionario administrativo que, encontrado viciado el acto lo revoque.²⁸

3.2.- Actos Impugnables y actos Revocables.

Para establecer cuales son los actos impugnables y los actos revocables es necesario acudir a un principio fundamental en el derecho administrativo es el de auto tutela, en virtud del cual la administración está facultada para declarar y ejecutar su derecho sin necesidad de acudir ante la Función Judicial; "la Administración, dicen García de Enterría y Fernández, está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del statu quo, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial". Ante esto, la acción de lesividad se presenta como una excepción, pues deja de lado las potestades de auto tutela de la administración pública y le obliga a recurrir a la instancia judicial. En efecto, la acción de lesividad es aquella que tienen los órganos administrativos para, cuando consideran necesario revocar un acto administrativo dictado por ellos mismos, acudir ante los tribunales, a fin de que sean éstos los que resuelvan lo conveniente.

Esta limitación es uno de los instrumentos de los que el derecho administrativo se vale, para garantizar la estabilidad de los actos administrativos, estabilidad que constituye una característica de estos últimos, íntimamente relacionada con el principio de seguridad jurídica que nuestra Constitución reconoce como un derecho de las personas.

²⁸ Manuel María Díez, Op. Civitas. Tomo VI, pág. 203.

La estabilidad del acto administrativo

La estabilidad o, como la denominan algunos autores, la cosa juzgada administrativa, es una característica de los actos administrativos que han causado estado, en virtud de la cual se limitan los potestades de los órganos administrativos para revisar o dejar sin efecto sus propios actos. Su fundamento se encuentra, como ya se dijo, en el principio de seguridad jurídica y en la necesidad de generar certeza sobre la actuación de las instituciones del estado, al impedir que las personas queden libradas a la voluntad cambiante de las autoridades administrativas.

En nuestro medio, la existencia de limitaciones a las facultades de la administración para modificar o revocar sus propios actos es reconocida, tanto en la práctica administrativa, como en la jurisprudencia. Francisco Tinajero cita la siguiente resolución de la Comisión de Apelaciones del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social:

Es principio aplicado no solamente en la esfera judicial sino también en la administrativa que el mismo juez o la misma autoridad u organismo que dictó la resolución no pueden revocarla, pudiendo ser revisados únicamente por los tribunales u organismos superiores que establece la ley ...

En el mismo sentido se pronunció el antiguo Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

Conforme señala unánimemente la doctrina, el órgano administrativo autor del acto, por regla general, no se halla autorizado a revocarlo, sobre todo cuando el acto revocatorio conlleva perjuicio o lesiona derechos de terceros.

Pero si la estabilidad existe para preservar el derecho a la seguridad jurídica, es evidente que corresponde aplicarla en los casos en que ese derecho debe ser protegido y, en consecuencia, se la debe considerar como una

característica de los actos administrativos en los que esa seguridad está en juego.

Esto nos lleva a distinguir al menos tres clases de actos administrativos según sus efectos en las personas:

- Los que les imponen cargas,
- Aquellos que les son favorables y, finalmente,
- Los que no producen ninguno de los dos efectos anteriores.

En el caso de estos últimos, de los cuales son un buen ejemplo algunos actos propios de la administración interna de las instituciones del Estado, es evidente que revocarlos no ocasiona perjuicio alguno a la seguridad jurídica, pues no hay intereses particulares que puedan verse afectados.

Cuando se trata de actos que imponen cargas a las personas, esto es, los que la doctrina conoce como actos de gravamen, revocarlos tampoco atenta, en principio, contra la seguridad jurídica, pues el afectado acogerá favorablemente la decisión administrativa que le libere de la carga impuesta. En este caso, sin embargo, sí hay intereses que pueden ser afectados y es preciso que el ordenamiento jurídico los proteja. En efecto, la decisión de revocar los actos de gravamen no puede tomarse como una graciosa concesión administrativa sino que, aparte de someterse estrictamente al principio de legalidad, debe atender a razones de orden público e impedir que se vea afectados derechos de terceros, entre los cuales hay que destacar el derecho a recibir un trato no discriminatorio por parte de la administración.

Es en los actos favorables, aquéllos que consagran situaciones individuales en beneficio de las personas, donde se pone en juego la seguridad jurídica y, en consecuencia, debe ponerse especial cuidado en la estabilidad como característica del acto administrativo. Para ello es necesario tomar en cuenta las dos posibles razones para revocar un acto administrativo: la oportunidad y la legalidad.

Las razones de oportunidad, tienen que ver con la conveniencia, desde el punto de vista del interés público, de que un acto administrativo mantenga su vigencia. En este caso, el acto que se pretende revocar no tiene irregularidad alguna, ha sido expedido con apego estricto a la ley y, en consecuencia, es plenamente válido; simplemente, las necesidades de orden colectivo han variado desde la expedición del acto y mantenerlo resulta contraproducente para ellas.

García de Enterría y Fernández establecen, como principio general, la imposibilidad de que la administración revoque de oficio un acto administrativo "so pretexto de que ... se ha convertido en inconveniente o inoportuno en un determinado momento", pues así se establece "una importante garantía para los particulares que, de este modo, quedan a cubierto de los posibles cambios de criterio de la Administración"; admiten, sin embargo, que podría adoptarse "una solución de equilibrio que garantizaría tanto al interés público como al de los particulares", permitiendo que los actos administrativos se revoquen por motivos de conveniencia, con la condición de que se pague "una indemnización adecuada que compensase la pérdida de los derechos reconocidos por el acto revocado" .

Cuando la revocación se funda en razones de legalidad nos enfrentamos a un acto irregular, expedido sin cumplir las formalidades que deben observarse conforme al ordenamiento jurídico. En este caso se discute si la violación del principio de legalidad, que está en la base de un acto administrativo irregular, autoriza a la administración a revocarlo de oficio.

Julio Comadira defiende la potestad administrativa para revocar sus actos por razones de ilegitimidad y considera que la misma es inherente a la función de administrar y exista aún sin norma expresa que la consagre.

La posibilidad de revocar sus propios actos por razones de ilegitimidad constituye, en mi opinión, más allá de su reconocimiento explícito en el ordenamiento, un poder inherente a la función de administrar. Administrar, que viene de ad ministrare, servir a, implica gestionar el interés público. Y no es

dudoso que hay un interés público comprometido en la vigencia de la juridicidad.

Por lo tanto, cuando la Administración revoca un acto en razón de su ilegitimidad, ejerce una función que le es propia y debe hacerlo, además con las mismas virtualidades que acompañan todo el ejercicio de la función administrativa, entre ellas, la ejecutoriedad.

La revocación se presenta, entonces, en estos casos, como un modo de ejecutar en sede administrativa las consecuencias que el propio ordenamiento atribuye a los actos gravemente viciados.

Hay autores, sin embargo, para los que en todo caso la administración está impedida de revocar por sí misma sus propios actos, aunque las irregularidades de éstos sean graves. Ese es el caso de Manuel María Díez.

En nuestra opinión, aún en el supuesto de que el vicio sea grave, grosero, la administración no puede revocar el acto si es declarativo de derechos, y debe ocurrir, para eliminar el acto jurídico, a sede judicial. Decíamos así, porque pensamos que en esta forma estarán garantizados de mejor manera los derechos del administrado y no dependerán del arbitrio de algún funcionario administrativo que, encontrado viciado el acto lo revoque.

Este acudir a la vía judicial es, precisamente, lo que se hace a través de la acción de lesividad. Los casos en que debe recurrirse a esta última y, como consecuencia, aquéllos en los que la administración puede revocar de oficio sus propios actos, serán los expresamente determinados en cada ordenamiento jurídico.²⁹

Para efecto de nuestro estudio, es necesario aclarar que existe diferencia en lo que es el fin de los efectos de un acto administrativo y lo que es la extinción del mismo.

²⁹ Apuntes sobre La acción de lesividad. Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade.

Hay diversas causas por las que un acto administrativo puede dejar de producir sus efectos. Esas causas son:

a) El agotamiento de su contenido, que puede producirse por la expiración del plazo previsto por el mismo acto, o también porque la ejecución del acto conlleva al agotamiento de su contenido. Esta causa de cesación de los efectos del acto administrativo tiene dos supuestos distintos: la expiración del plazo y la ejecución del acto. El primer supuesto, es decir; la expiración del plazo, se da, por ejemplo, en los casos en que el acto administrativo establece derechos en favor del administrado, para que los ejerza dentro de cierto tiempo, establecido por la ley o por el propio acto. La falta de ejercicio del derecho en el plazo previsto produce la caducidad de su derecho. Es la figura inversa a la del decaimiento del acto cuando es la administración la que ha dejado de ejecutarlo, asimismo, dentro de un determinado plazo.

Pero el acto administrativo puede establecer también una obligación del administrado para que se cumpla dentro de un cierto tiempo. En ese evento, el cumplimiento de la obligación debe hacerse dentro de ese plazo, cuyo vencimiento permite a la administración que lo ejecute coercitivamente. Pero si esa ejecución coercitiva no se da, por omisión de la administración, dentro de los plazos de prescripción de las obligaciones, éstas se extinguen y con ello se presenta una figura similar a la que se da cuando el acto administrativo ha sido ejecutado totalmente.

En nuestra legislación, esta figura se presenta en los casos previstos en los artículos 54 y 55 del Código Tributario.

Sección 4a. De la remisión

Art. 54.- Remisión.- *Las deudas tributarias sólo podrán condonarse o remitirse en virtud de ley, en la cuantía y con los requisitos que en la misma se determinen. Los intereses y multas que provengan de obligaciones tributarias, podrán condonarse por resolución de la máxima autoridad tributaria correspondiente en la cuantía cumplidos los requisitos que la ley establezca.*

Sección 5a. De la prescripción de la acción de cobro

Art. 55.- Plazo de prescripción de la acción de cobro.- La obligación y la acción de cobro de los créditos tributarios y sus intereses, así como de multas por incumplimiento de los deberes formales, prescribirá en el plazo de cinco años, contados desde la fecha en que fueron exigibles; y, en siete años, desde aquella en que debió presentarse la correspondiente declaración, si ésta resultare incompleta o si no se la hubiere presentado.

Cuando se conceda facilidades para el pago, la prescripción operará respecto de cada cuota o dividendo, desde su respectivo vencimiento.

En el caso de que la administración tributaria haya procedido a determinar la obligación que deba ser satisfecha, prescribirá la acción de cobro de la misma, en los plazos previstos en el inciso primero de este artículo, contados a partir de la fecha en que el acto de determinación se convierta en firme, o desde la fecha en que cause ejecutoria la resolución administrativa o la sentencia judicial que ponga fin a cualquier reclamo o impugnación planteada en contra del acto determinativo antes mencionado.

La prescripción debe ser alegada expresamente por quien pretende beneficiarse de ella, el juez o autoridad administrativa no podrá declararla de oficio.³⁰

b) La extinción del objeto del acto, que se produce, sea por la muerte o imposibilidad de ejercer derechos y cumplir obligaciones de una persona, en los casos de los actos emitidos in *tuito persollae*; o sea también por la extinción de un objeto material. Esta causa, igual que la anterior, tiene dos supuestos distintos: el uno, la calidad de la persona a quien beneficia el acto; el otro, la pérdida de la cosa que es objeto del acto. El primer supuesto, como lo hemos dicho, es el caso de la obligación o derecho emanado del acto, en consideración a la persona a quien se dirige el acto administrativo del que emana el derecho o la obligación. Si se trata de un derecho, debe ser de aquellos intransferibles o personalísimos, que se conceden a la persona misma, como por ejemplo, una visa que determine la calidad migratoria, una carta de naturalización o un título profesional. Si se trata de obligaciones, debe ser una de aquellas a las que la obligación no pueda cumplirse sino por la persona que ha sido de alguna manera señalada para hacerla, en consideración a su "aptitud o talento", como dice el Código de Andrés Bello. En Derecho Administrativo se da esta figura en el ejercicio de cargos públicos, en los contratos administrativos y en otros casos.

³⁰ Código Tributario

En el segundo supuesto, la extinción del objeto material, se da el caso de la pérdida de la cosa que se debe, sobre las que deben aplicarse las normas de los artículos 1686 y siguientes del Código Civil, según los cuales, el perecimiento de la cosa o cuerpo cierto que constituye el objeto de la obligación, determina la extinción de ésta, salvo las excepciones que señala el propio Código, es decir, que si perece en poder del deudor, se presume que ha perecido por hecho o culpa del obligado (artículo 1687); si el perecimiento se da en mora del deudor, subsiste la obligación, pero varía su objeto, que será el precio de la cosa y la obligación de indemnizar al acreedor, siempre que el perecimiento no hubiera provenido de caso fortuito, pues, en este evento se deberán solo las indemnizaciones por la mora (artículo 1688); si el deudor se ha obligado aún en el caso fortuito o de alguno en particular, se observará lo pactado (artículo 1689); es el deudor quien debe probar el caso fortuito (artículo 1690); en cuanto a los casos de reaparecimiento, hurto o robo de la cosa, cesión de los derechos litigiosos contra quienes fueron responsables del perecimiento y destrucción de la cosa -Son aplicables, asimismo, las normas del Código Civil (artículos 1686 a 1696). En Derecho Administrativo, la figura puede darse en los casos de custodia y conservación de bienes públicos, que se rigen además, por el Reglamento de Bienes vigente.

c) El cumplimiento de una condición resolutoria que pone fin a los efectos jurídicos del acto. La condición resolutoria determina, como sabemos, la extinción del derecho cuando se presenta o cumple la condición. Respecto de la validez de la condición, son perfectamente aplicables en el campo del Derecho Administrativo, las normas del Derecho Común. Por consiguiente, la condición resolutoria que resulte imposible por su naturaleza, o ininteligible, o inductiva a un hecho ilegal o inmoral, se tendrá por no escrita (artículo 1496, inciso 4to. del Código Civil). Asimismo, deben aplicarse las normas del título IV del Libro IV del Código Civil en esta materia.

d) El decaimiento del acto, que consiste en la omisión por parte del interesado, de ejercer los derechos derivados de aquel acto, cuya ejecución no es obligatoria; o la omisión por parte de la administración, de ejecutar el acto, cuando éste sea de su exclusivo interés.

e) El retiro del acto sin efecto retroactivo, en cuyo caso, el acto no producirá efectos en el futuro; y,

f) El cambio de un acto por otro o sustitución del acto, que produce las mismas consecuencias que el retiro sin efecto retroactivo.

Asimismo, hay tres medios por los cuales se eliminan los actos administrativos del mundo jurídico. Estos tres medios son:

a) La revocación, mediante la cual se elimina un acto por autoridad administrativa, por razones de legitimidad o de mérito por la misma autoridad administrativa;

b) La invalidación, mediante la cual un órgano administrativo distinto al que expidió el acto, lo elimina por razones de ilegitimidad; y,

c) La abrogación, mediante la cual un órgano administrativo elimina un acto por razones de mérito.

Entendidos así estos conceptos muy fundamentales, pasemos ahora al primer punto de nuestro estudio.³¹

3.3.- Beneficios y desventajas que se presentan por la falta de la declaración de la acción de lesividad.

La falta de declaración de la acción de lesividad genera una pregunta: Es evidente que la acción de lesividad debe plantearse para revocar actos favorables por razones de legalidad, pero ¿corresponde hacerlo también en el caso de presentarse razones de oportunidad? Pablo Tinajero Delgado opina que sí; por nuestra parte pensamos que en este caso se produce, por parte de la administración, un desconocimiento de derechos anteriormente reconocidos a las personas, lo que genera un daño que debe ser resarcido en los términos del artículo 20 de la Constitución Política de la República.

“Art. 20.- Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos.

³¹ La acción de lesividad. Pablo Tinajero Delgado. Pág. 21 – 25.

*Las instituciones antes mencionadas tendrán derecho de repetición y harán efectiva la responsabilidad de los funcionarios o empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarada, hayan causado los perjuicios. La responsabilidad penal de tales funcionarios y empleados, será establecida por los jueces competentes.*³²

Las razones de legalidad tienen que ver con irregularidades del acto administrativo que provocan su invalidez. El artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa enumera dos causas de nulidad de una resolución o un procedimiento administrativo:

"Art. 59.- Son causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo:

a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.

*b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.*³³

A estas causas deben sumarse las especiales que consten en otras leyes. A manera de ejemplo podemos citar la nulidad de nombramientos o contratos por falta de registro, la de ciertos procedimientos administrativos por falta de citación o notificación al Procurador General del Estado y la de concesiones si

³² Constitución Política De La República Del Ecuador. Título III - De Los Derechos, Garantías Y Deberes. Capítulo I - PRINCIPIOS GENERALES

³³ Ley de la Jurisdicción Contencioso –Administrativa. (Ley No. 035-CL Registro Oficial 338, 18-III-68). Capítulo VI - De La Nulidad De Las Resoluciones En La Instancia Administrativa Y De Lo Contencioso-Administrativo

no se cumplen las exigencias que para el concesionario fija el artículo 3 de la Ley de Radiodifusión y Televisión.

Art. 3.- (Reformado por el Art. 3 de la Ley s/n, R.O. 691, 9-V-95).- Con sujeción a esta Ley, las personas naturales concesionarias de canales o frecuencias de radiodifusión y televisión, deben ser ecuatorianas por nacimiento. Las personas jurídicas deben ser ecuatorianas y no podrán tener más del 25% de inversión extranjera.

La violación de este precepto ocasionará la nulidad de la concesión y, por consiguiente, la frecuencia revertirá automáticamente al Estado y no surtirá ningún efecto jurídico. Dicha nulidad es imprescriptible.

Lo dispuesto en este artículo rige también para el arrendamiento de estaciones de radiodifusión y televisión y es aplicable a todos los casos previstos en el artículo 33 de la Ley de Compañías.³⁴

Evidentemente, causales como las señaladas pueden englobarse en la segunda de las enumeradas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cosa que ocurre también con el incumplimiento de exigencias de orden constitucional en materia de procedimientos administrativos como las que tienen que ver con el debido procedimiento, la notificación a los interesados y la motivación de los actos administrativos.

En este punto conviene tomar en cuenta el valioso desarrollo de los principios del procedimiento administrativo a partir de la Constitución Política de la República realizado por Edgar Neira Orellana, para quien los vacíos y dificultades que trae consigo la falta de una ley orgánica de procedimientos administrativos debe tratar de superarse, con la aplicación de los principios sobre la materia desarrollados por el texto constitucional, sin que esto pueda tomarse como una renuncia a la necesidad urgente de que se promulgue una ley sobre la materia.

Si la revocación de actos administrativos por parte de la propia administración, cuando se presentan casos de nulidad como los enunciados, requiere de acción de lesividad, parece lógico que deba procederse tal como

³⁴ Ley de Radiodifusión y Televisión

unánimemente establece la doctrina, aunque falte una disposición legal expresa que detalle el procedimiento.

Esa forma establecida por la doctrina parte de un acto administrativo concreto: la declaración de lesividad. Pablo Tinajero Delgado define esta última como un "acto administrativo inimpugnable, que contiene la expresión de voluntad del órgano administrativo competente, mediante el cual se procura el retiro del mundo jurídico, de un acto cuyos efectos benefician a un particular... y que lesiona los intereses públicos."

Cuando un órgano administrativo pretenda revocar uno de sus actos por razones de legalidad debe empezar, entonces, por declarar que ese acto es lesivo a los intereses públicos. Esa declaración se hace a través de un nuevo acto administrativo, al que se da la característica de inimpugnable porque su contenido va a discutirse, necesariamente, ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

La declaración de lesividad es la que sirve de fundamento al órgano administrativo para acudir, con la acción de lesividad, ante los jueces contencioso- administrativos, para demandar la nulidad del acto administrativo de que se trate.³⁵

La Declaración de Lesividad.- Como requisito previo para instaurar la acción de lesividad:

Por regla general son irrevocables los actos administrativos que crean derechos subjetivos en favor de un tercero. Por ello, si la administración encuentra que un acto que ha creado derechos subjetivos, es lesivo al interés público, debe declararlo así, mediante un acto suyo, de iguales características que el que se intenta retirar del mundo jurídico: Solamente así, el órgano administrativo activo queda habilitado para demandar ante el órgano jurisdiccional.

³⁵ Apuntes sobre La acción de lesividad. Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade.

En concordancia con este criterio y con la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que hemos transcrito en la nota 17, tenemos lo dispuesto en el artículo 97 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, según el cual:

Art. 97. Lesividad. La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el tribunal distrital de lo contencioso administrativo competente.

La lesividad deberá ser declarada mediante Decreto Ejecutivo cuando el acto haya sido expedido por un Ministro Secretario de Estado o por Resolución del Ministro competente si lo hubiese sido por otro órgano de la Administración Central o Constitucional durante el lapso de tres años a partir de la vigencia del acto.

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo en el plazo de tres meses a partir de la vigencia del acto que se trate.

De esta suerte, la declaración de lesividad es un requisito previo para la interposición de la acción contenciosa. La administración deberá declarar previamente el acto como lesivo al interés público. Esta lesividad puede ser de carácter económico, jurídico o de cualquier otra índole. Como es obvio, al ser la declaración de lesividad de un acto administrativo, para su expedición debe tenerse en cuenta las normas que rigen la expedición de un acto de las características del acto lesivo y, además, debe tomarse en cuenta las normas y principios propios del procedimiento administrativo en general.

De esta manera, como paso previo a la declaración de lesividad, la administración debe comprobar la existencia de las causas que motiven esa lesión, mediante un procedimiento administrativo previo que debe ser agregado a la demanda.

El fundamento de la declaración de lesividad radica en que se quiere

asegurar que la administración, previamente a la iniciación del proceso, se encuentra convencida y segura de que el acto lesiona el interés público.

Declarado lesivo el acto, es evidente que esa declaración debe ser notificada al particular en cuyo favor se han creado los derechos subjetivos, a fin de cumplir con los principios fundamentales del procedimiento administrativo y permitir al interesado que prepare su defensa.

La Declaración de Lesividad.- Como facultad discrecional de la Administración Pública:

El poder discrecional implica la existencia de un margen de libertad de decisión, ya sea en lo relativo a la oportunidad o conveniencia de un acto, sea también en lo relativo a su contenido, o sea también, en cuanto a la elección del destinatario.

Así, la ley no determina en qué caso un acto será lesivo al interés público, porque muchas veces es muy difícil prever actos futuros y someterlos a una reglamentación general.

El órgano administrativo tiene la posibilidad de actuar discrecionalmente, cuando existen asuntos no previstos en una norma jurídica aplicada, siempre y cuando esa actuación discrecional no afecte a esa misma norma jurídica.

En el proceso de lesividad, el órgano administrativo debe actuar en defensa del interés público; de allí que siempre existirá una norma positiva que establezca la posibilidad de revisar y declarar lesivo un acto suyo anterior, si el interés público así lo exige. Entonces, el límite del ejercicio de esta facultad será dado por la norma jurídica.

En la práctica, sólo el legislador puede consignar atribuciones discrecionales en una norma legal y dotar a los órganos administrativos de la posibilidad de apreciar libremente ciertos asuntos concretos. En definitiva, el límite para el ejercicio de esta actividad discrecional está siempre en la ley.

Como hemos visto, la declaración de lesividad es un acto administrativo por el cual el órgano que ha dictado el acto, lo declara lesivo a los intereses públicos. Por ello, es evidente que esa facultad de declarar a un acto como lesivo a los intereses públicos es una facultad discrecional.

En efecto, la declaración de lesividad es un acto que está sujeto a la decisión del órgano administrativo de hacer un análisis subjetivo de la existencia de lesión en contra del interés público. La administración revisa de oficio un acto suyo anterior unilateral o contractual, a fin de comprobar la existencia de una lesión al interés público.

En definitiva, la atribución de expedir una declaración de lesividad es siempre discrecional. Esta consiste en la facultad de apreciar la existencia o ausencia de un acto lesivo a los intereses públicos.

Fundamento jurídico de la declaración de lesividad.-

El fundamento jurídico de la declaración de lesividad radica en el hecho, que la administración quiere asegurarse de que el acto lesiona el interés público, antes de que se inicie el proceso de lesividad.

La forma idónea para comprobar inequívocamente la existencia de la lesión, solo será la tramitación de un procedimiento administrativo que compruebe legalmente la existencia de esa lesión y lo declare así, en una resolución final que, precisamente, es la declaración de lesividad. En este procedimiento hay que distinguir:

- a) Que el acto que se analice cause lesión en virtud de violaciones a la ley, en el procedimiento y durante su expedición;
- b) Que el acto cause lesión por falta de mérito, en el mismo momento de su expedición; y,
- c) Que cualquiera de estas dos causas sean supervenientes a la expedición del acto de que se trate.

Órgano competente y término para expedir la declaración de lesividad.

El órgano competente para expedir la declaración de lesividad será el mismo órgano que dictó el acto lesivo. Esto es evidente, porque solo el mismo órgano puede expedir un acto con efectos contrarios a otro anterior.

El fundamento de lo anotado radica en que la revocación solo puede efectuarse por el mismo órgano que expidió el acto anterior. Sin embargo, la doctrina señala una excepción a este respecto, que consiste en la posibilidad de que la ley autorice a un órgano de control para que expida una declaración de lesividad sobre un acto expedido por la administración activa, que sea lesivo al interés público.

En cuanto a los términos para expedir la declaración de lesividad, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España señala el plazo de cuatro años, contados a partir de la fecha en que fue expedido.

El plazo para interponer el recurso contencioso administrativo, según la misma ley, es de dos meses contados a partir del día siguiente al de la notificación de la declaración de lesividad al interesado.

Sin embargo, no encontramos una total lógica en este ordenamiento en cuanto a los plazos, puesto que, bien puede suceder que se descubra la lesividad del acto con posterioridad al vencimiento de todos estos plazos, en cuyo caso no existirá la posibilidad alguna para retirar del mundo jurídico un acto que es contrario al interés público, produciéndose de esta manera, una grave injusticia.

Por ello, es más lógico suponer que los plazos deben contarse, por regla general, desde que se expidió el acto, siempre y cuando ese acto sea de aquellos que permiten, en ese mismo momento, descubrir la lesión al interés público. Por excepción deben contarse los plazos desde el momento en que se descubrió que el acto es contrario al interés público. Un ejemplo de esto podría suceder si la ley atribuye competencia a un órgano de control para

declarar lesivo un acto de la administración activa. En este supuesto, el plazo debe contarse a partir del día en que el contralor descubrió que ese acto es lesivo al interés público.³⁶

Capítulo Cuarto.

4. 1.- Procedimiento a seguirse en la Acción de lesividad.

Conforme el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. (Decreto Ejecutivo No. 1634. RO/ sup. 411 de 31 de Marzo de 1994. Del Procedimiento Impugnatorio en Sede Administrativa). Respecto del procedimiento de impugnación contra actos administrativos:

“Art. 100.- AMBITO.- El procedimiento de impugnación que pueden seguir los administrados en sede administrativa contra los actos administrativos expedido por los órganos y entidades sujetos a este Estatuto se regirá por las normas que aquí se establecen.

La impugnación en sede administrativa de los actos administrativos emanados de las entidades y órganos no sujetos a este Estatuto, como aquellos expedidos por las funciones Legislativa y Judicial, y el Tribunal Supremo Electoral, así como por los ente y organismos del Régimen Seccional Autónomo, y la impugnación que se realice en sede judicial, se someterán a las disposiciones de las leyes específicas vigentes.

Sin embargo, la impugnación en sede administrativa por parte de los administrados contra cualquier acto administrativo no será una condición previa para que puedan ejercer su derecho de recurrir directamente al Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o Tributario competentes según el caso. El iniciar y continuar dicha

³⁶ La acción de lesividad. Pablo Tinajero Delgado. Pág. 50 - 55.

*impugnación en sede administrativa será facultativo, ya sea en materia contencioso administrativa o contencioso tributaria.*³⁷

Ahora una vez que se haya cumplido con los supuestos y requisitos en sede administrativa, se puede ahora estudiar lo atinente al procedimiento en sede jurisdiccional.

Como hemos visto la administración que pretende demandar la lesividad de un acto primeramente se encuentra obligada a declarar lesivo ese acto.

Estimamos que el acto administrativo por el que se declara lesivo a aquel acto no es impugnabile en vía jurisdiccional y así debería decirse expresamente en la Ley con alusión directa al principio constitucional de la unidad de la jurisdicción, consagrado en el artículo 191 de nuestra Carta Suprema. Esta inimpugnabilidad obedece a que la esencia de ese acto – la lesividad – va a ser, precisamente, el objeto de la discusión procesal, en el juicio de lesividad.

Una vez expedida esta declaratoria de lesividad, es lógico suponer que la administración debe tener un plazo para formular la demanda ante el órgano jurisdiccional.

Según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, el órgano administrativo podrá interponer la acción de lesividad en el plazo de “dos meses a partir del día siguiente al en que la resolución impugnada se declare lesiva para los intereses públicos”.³⁸

Lamentablemente, nuestra legislación no contiene ninguna norma legal que señale un plazo para la presentación de la demanda. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (que tiene el carácter de reglamento y por lo tanto está sujeto a las prescripciones constitucionales y legales), en el último inciso del artículo 97 dispone que:

³⁷ Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Decreto Ejecutivo No. 1634. RO/ Sup 411 de 31 de Marzo de 1994.

³⁸ La Acción de Lesividad. Pablo Tinajero Delgado. Biblioteca de Jurisprudencia 1986. Quito. Pág. 67.

“La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo en el plazo de tres meses a partir de la vigencia del acto de que se trate”.

Es una norma que concede - pensamos - un plazo prudente para que la administración pueda interponer la acción contenciosa correspondiente. En todo caso, creemos que esta norma puede ser recogida por una disposición legal (no parece conveniente que ese plazo deba ser establecido en una norma reglamentaria como sucede con el Estatuto al que nos hemos referido) o, también, puede aplicarse la norma que se contiene en el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosos Administrativa:

Art. 65.- (Sustituido por el Art. 2 de la Ley 2001-56, R.O. 483, 28-XII-2001).- El término para deducir la demanda en la vía administrativa será el de noventa días en los asuntos que constituyen materia del recurso contencioso de plena jurisdicción, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

En los casos que sean materia del recurso contencioso de anulación u objetivo se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de tres años, a fin de garantizar la seguridad jurídica. En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.

Nota: La disposición transitoria primera de la Ley 2001-56 (R.O. 483, 28-XII-2001), manda que las causas que se hubieran propuesto ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal, a partir de la vigencia de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (R.O. 144-S, 18-VIII-2000), cuyo estado sea posterior a la apertura de la prueba, deberán continuar tramitándose en dichos Tribunales; en caso contrario, los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal de las jurisdicciones del domicilio del administrado serán competentes para conocer de estas causas.³⁹

Lo dicho por dos razones fundamentales.

³⁹ Ley de la Jurisdicción Contencioso -Administrativa.

a) Porque el plazo señalado por esta norma es un plazo prudente, repetimos, dentro del cual la administración puede preparar el expediente administrativo y toda la documentación necesaria para que la demanda sea completa y se pueda tener un resultado positivo en el juicio; y,

b) Porque al no haberse establecido en la Ley un plazo especial, deberá aplicarse la norma legal de carácter general.

Desarrollo del proceso

La posibilidad de que la administración revise de oficio sus propios actos declarativos de derechos, es muy reducida. Frente a ello, nuestra legislación no ha reglado el procedimiento que se ha de seguir para que se pueda retirar del mundo jurídico, jurisdiccionalmente, un acto declarativo de derechos, sin que se afecten los intereses del particular favorecido por ese acto. Es por ello, que sería deseable que este proceso de lesividad aparezca regulado en la ley, como uno de aquellos procedimientos especiales, puesto que en él concurren ciertas particularidades que aconsejan un tratamiento separado del procedimiento contencioso-administrativo ordinario.

Consideramos que este proceso, en cuanto a su desarrollo mismo, no tiene diferencias con el procedimiento común, señalado en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por ello, los plazos, términos y diligencias propios de todo proceso contencioso administrativo, serán también propias de la acción de lesividad, en sus diferentes etapas. Pero es necesario, decir algo respecto de cuestiones puntuales, tales como legitimación activa y pasiva y la publicidad necesaria que debe aplicarse a este tipo de acciones. Respecto de lo primero, basta con remitirnos a lo que hemos dicho en el capítulo anterior; respecto de la publicidad, diremos algo más adelante.

Al momento de presentar la demanda, la administración está obligada a acompañar el correspondiente expediente administrativo, del que debe ser parte constitutiva esencial, la declaración de lesividad, debidamente motivada.

La demanda se dirigirá por quien ostente la titularidad del órgano administrativo, contra quien esté pasivamente legitimado como demandado, en la forma que ya hemos señalado en el capítulo precedente.

Un asunto de suma importancia es el relativo a la ejecución del acto cuya lesividad va a ser materia de discusión. Al respecto, es necesario partir de la disposición del artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sin el cual, no puede dejar de ejecutarse ningún acto administrativo, excepto cuando se trata de la suspensión del procedimiento de ejecución, asimismo, la suspensión de la ejecución de las resoluciones de la Contraloría General del Estado por la interposición de los recursos administrativos establecidos en la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control.

Según Díez, mediante la iniciación del proceso de lesividad se suspende la ejecución del acto lesivo; sin embargo, esto constituye una facultad discrecional de la administración.

Según este criterio, debe haber dos supuestos:

- a) Que el acto declarado lesivo ya hubiere sido ejecutado y, por la acción de lesividad, además de retirado del mundo jurídico. Habría que retirar sus efectos, esto es, los actos de ejecución; y,
- b) Que el acto no hubiere sido ejecutado y la acción de lesividad persiga retirar el acto del mundo jurídico. En este supuesto. La administración tendría la obligación de ejecutar el acto, como manda el artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pero se vería imposibilitada de hacerla, por lo lesiva que sería esa ejecución. Entonces, en este evento, debe determinarse cual debe ser la actitud de la administración.

Bajo el primer supuesto, esto es que el acto ya hubiere sido ejecutado, declarada la lesividad, con posterioridad a la ejecución, y admitida la demanda por el órgano judicial, que en sentencia se pronuncie sobre la lesividad, deben retirarse los efectos del acto lesivo, lo cual significa que los actos de ejecución que ya se realizaron, deben deshacerse.

Muchos de esos actos de ejecución son materiales, como por ejemplo, una demolición de una construcción; otros actos de ejecución son actos jurídicos, como un procedimiento coactivo. Deshacer esos actos implica pues, toda una complejidad, que en muchos casos de extremo dificultad, podrían traducirse en indemnizaciones compensatorias en favor del beneficiario del acto lesivo.

Otro aspecto procesal importante es el relativo a la publicidad de esta acción. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España, ordena que se haga pública la interposición de la acción de lesividad, para efectos de que los coadyuvantes puedan intervenir en el proceso.

Nuestra ley nada dice al respecto, por lo cual, el órgano jurisdiccional debe poner mucho cuidado en que se protejan los eventuales derechos de terceros. Por consiguiente, el Tribunal debe ordenar la citación por la prensa, a esos eventuales terceros, tal como manda el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil; esa orden debe ser impartida de oficio, a falta de pedido de la parte actora.

Terminación del proceso

El proceso de lesividad, al igual que los otros procesos contencioso administrativos, puede terminar en forma normal (mediante la expedición de la sentencia correspondiente) o en forma anormal (en la que no hay una decisión del órgano jurisdiccional acerca de los puntos sometidos a su conocimiento).

En esta forma de terminación anormal del proceso, el órgano jurisdiccional no dicta sentencia, pero si expide ciertos actos, mediante los cuales se da por terminado el proceso.

En términos generales cualquier proceso puede terminar por desistimiento, allanamiento, satisfacción extra procesal de la pretensión, transacción, abandono, por hechos que impidan su continuación y por arbitraje.

Sin embargo dada la naturaleza de la acción materia de nuestro estudio no es posible que el proceso de lesividad termine por todos aquellos modos señalados en el párrafo anterior.

Así, no podrá terminar el proceso de lesividad por satisfacción extra procesal de la pretensión, puesto que esto supondría que el particular actúe en ejercicio de funciones públicas, que no las tiene, y revoque el acto cuyos efectos le benefician.

De la misma manera, no es posible terminar el proceso de lesividad mediante transacción, ya que la administración no puede transigir, sino en casos muy especiales y mediante un procedimiento algo riguroso. En el caso de la acción de lesividad, una transacción implicaría una especie de renuncia a la satisfacción de las exigencias del interés público; por eso, no puede haber transacción para terminar este tipo de acciones.

En cuanto al arbitraje, es principio fundamental que las cuestiones que no pueden ser sometidas a transacción no pueden ser tampoco objeto de arbitraje. Por otro lado, no es lógico pensar que se puede someter a decisión de cualquier persona, sobre la lesividad, o no, de un acto administrativo. Por consiguiente, no podrá terminar el proceso de lesividad por arbitraje.

El desistimiento es un modo de terminación del proceso que implica la voluntad expresa del actor de no continuar su acción. Este desistimiento no puede darse lícitamente en la acción de lesividad, puesto que, si su objeto es alcanzar el retiro del mundo jurídico de un acto que lesiona el interés público, desistir de la acción significaría no cuidar ese interés, que es el primordial de la administración pública. Desistir sería, pues, dejar de cumplir un deber reconocido por la propia autoridad administrativa como especialmente necesario.

El abandono tampoco puede producirse en las causas que sean interesados los incapaces, entre lo que está el Estado, como establecen los artículos 381 del Código de Procedimiento Civil y correspondientes del Código Civil.

Efectos de la sentencia

En lo relativo a los efectos de la sentencia en la acción de lesividad, hay que distinguir:

a) Si la sentencia rechaza la demanda: dará firmeza a la relación jurídica

que tiene su base en el acto impugnado. Como consecuencia de ello, la potestad revocatoria que tiempo los límites ya enunciados en el Capítulo 1 de este estudio tendrá un límite adicional más, cual es la propia sentencia confirmatoria del acto, que consagra en forma expresa la legitimidad, luego de haberla discutido en el juicio; y,

b) Si la sentencia acepta la demanda, será constitutiva, pues se anula un acto constitutivo de derechos, contrario a aquellos que surgen de la sentencia, o ésta, a su vez, extingue los derechos nacidos de tal acto. Se produce, de esta manera, la extinción de la relación jurídica que se deriva del acto lesivo como consecuencia de esa anulación, muy probablemente se producirá un perjuicio en contra del particular en cuyo beneficio se dictó el acto declarado lesivo. Por lo mismo, el órgano jurisdiccional deberá ordenar, en la misma sentencia, el pago de las indemnizaciones a que hubiere lugar, de conformidad con las pruebas que se hubieren producido en el juicio, o debe mandar que se establezcan esos daños y su cuantía, en proceso separado, conforme con las normas del procedimiento común.

Al respecto de este asunto, conviene reflexionar sobre los efectos que pueden darse en el marco de la responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos que expidieron el acto lesivo.

Leguiha, hace un estudio importante sobre la manera como se ha introducido en el Derecho Constitucional; el partir de la Constitución Italiana de la posguerra, este principio de la responsabilidad civil de la administración pública. En esa época, se incorpora en el derecho positivo este concepto de la responsabilidad civil de la administración pública, por los actos de sus funcionarios que causen perjuicio a los particulares. La norma italiana sufrió en el proceso de su preparación y expedición, cambios sustanciales que culminaron con el texto aprobado en definitiva, que recogió y trató de solucionar el problema de la responsabilidad, con la dicotomía funcionario-órgano, de manera de tratar lo atinente al tema, desde el punto de vista de la responsabilidad civil directa o indirecta de la administración y del funcionario.

En nuestra Constitución Política vigente, se consagra la responsabilidad

del Estado y de cada una de las instituciones públicas por los perjuicios que irrogaren a los particulares, como consecuencia de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios o empleados en el desempeño de sus cargos. Asimismo, esta norma constitucional establece la responsabilidad personal" de los funcionarios y empleados que, por dolo o culpa grave judicialmente declarados, hubieren causado los perjuicios", sin dejar de establecer contra ellos, la responsabilidad penal a que hubiere lugar.

Las normas de la Constitución dan solución al problema en forma total: el Estado a través de la respectiva institución pública, debe pagar las indemnizaciones a que hubiere lugar en favor de los particulares y, luego, podrá repetir el pago contra los funcionarios y empleados que fuesen de separados, mediante sentencia ejecutoriada, responsables por dolo o culpa graves.⁴⁰

4.2.- Acción de Amparo.

Dentro de los derechos fundamentales encontramos a la Acción de Amparo.

Por tanto todos podemos utilizar un procedimiento ágil, sencillo, informal y gratuito para proteger nuestros derechos básicos. Este recurso es la Acción de Amparo.

¿Qué es la Acción de Amparo?

Es una Garantía Constitucional establecida en el Art. 95 de la Constitución Política de la República, para asegurar el respeto y cumplimiento efectivo de los Derechos Humanos y Fundamentales de toda persona.

"Art. 95.- Cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer una acción de amparo ante el órgano de la Función Judicial designado por la ley. Mediante esta acción, que se tramitará en forma preferente y sumaria, se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar

⁴⁰ La Acción de Lesividad. Pablo Tinajero Delgado. Pág. 69 – 75.

la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública, que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, y que, de modo inminente, amenace con causar un daño grave. También podrá interponerse la acción si el acto o la omisión hubieren sido realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública.

No serán susceptibles de acción de amparo las decisiones judiciales adoptadas en un proceso.

También se podrá presentar acción de amparo contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

Para la acción de amparo no habrá inhibición del juez que deba conocerla y todos los días serán hábiles.

El juez convocará de inmediato a las partes, para oír las en audiencia pública dentro de las veinticuatro horas subsiguientes y, en la misma providencia, de existir fundamento, ordenará la suspensión de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho.

Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional.

La ley determinará las sanciones aplicables a las autoridades o personas que incumplan las resoluciones dictadas por el juez; y a los jueces y magistrados que violen el procedimiento de amparo, independientemente de las acciones legales a que hubiere lugar. Para asegurar el cumplimiento del amparo, el juez podrá adoptar las medidas que considere pertinentes, e incluso acudir a la ayuda de la fuerza pública. No serán aplicables las normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho."⁴¹

⁴¹ Constitución Política De La República Del Ecuador. Sección Tercera - Del Amparo

¿Y cómo nos ayuda?

- Defiende los Derechos Fundamentales reconocidos por la Constitución del Ecuador en el campo civil, político, económico, social, cultural y colectivo.
- Protege los Derechos Humanos garantizados en instrumentos internacionales vigentes.

Así, la Acción de Amparo nos protege ante:

- Formas de autoritarismo.
- Arbitrariedades.
- Acciones de hecho.
- Conductas prepotentes.
- Actitudes intolerantes.
- Prácticas ilegales.

A través de medidas urgentes, la Acción de Amparo previene, suspende o repara actos u omisiones ilegítimos de:

- Autoridades públicas.
- Particulares cuando presten servicios públicos.
- Particulares cuando actúen por delegación de autoridades públicas.
- Particulares cuando afecten gravemente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso.

¿Quién puede interponer la Acción de Amparo?

- Cualquier persona por su propio derecho.
- El representante legítimo de una comunidad,
- El ofendido o perjudicado, de modo directo o por medio de su apoderado.
- Cualquier persona cuando se trate de la protección del medio ambiente.

- Un agente oficioso; es decir, cualquier persona que justifique la imposibilidad en que se encuentra el afectado.
- El Defensor del Pueblo, sus Defensores Adjuntos o sus Comisionados Provinciales a nombre de la persona o colectividad que lo requiera.

¿Ante quién se presenta la Acción de Amparo?

- Cualquier juez de lo civil o tribunales del territorio en el que sucede o provoca sus efectos el acto violatorio.
- El juez o Tribunal Penal de turno para sábados, domingos y días feriados, del territorio en que ocurre el acto ilegítimo.
- Se incluyen a los magistrados de las Cortes Superiores, Tribunales Fiscales y Tribunales de Jurisdicción Contenciosa.
- El Tribunal Constitucional en caso de apelación.

Trámite de la Acción de Amparo

Escrito dirigido a la autoridad competente para conocer la acción con los siguientes datos:

- Nombres completos del recurrente.
- Declaración bajo juramento, de no haber interpuesto otra acción similar por los mismos hechos denunciados.
- Nombre o dirección de la autoridad pública demandada.
- Narración de los hechos u omisiones que el recurrente considere violatorios de sus Derechos Fundamentales y Humanos.
- Señalamiento del derecho constitucional o internacional vigentes que ha sido violado o pueda serlo.

- Petición al juez para la adopción de medidas urgentes que prevengan, suspendan o reparen la violación del derecho.
- Presentación de pruebas para demostrar el acto u omisión ilegítimo, así como la inminencia y gravedad del daño sufrido.
- Determinación del domicilio judicial en el cual se va a recibir las notificaciones correspondientes.
- Firma del recurrente o abogado patrocinador.

Excepciones

No se admite el Amparo Constitucional en caso de:

- Decisiones judiciales adoptadas dentro de un proceso.
- Presentación de la acción a nombre de terceros, sin su consentimiento.
- Existencia de otra acción similar sobre la misma materia y con el mismo objeto ante más de un juez o tribunal.
- Actuaciones de mala fe en el desarrollo normal del proceso.
- Daño eventual o remoto, cuando éste no es grave, y por el contrario, admite reparación directa.
- Resoluciones adoptadas dentro de otra Acción de Amparo.
- Protección a derechos patrimoniales, para los cuales existe legislación civil, comercial, penal y procesal.

La Acción de Amparo contempla el derecho a una indemnización justa (previo juicio civil) por los perjuicios que cause la violación o desconocimiento de sus derechos.

ES BUENO SABER QUE

Después de 48 horas de presentar la Acción de Amparo, el juez debe dictar resolución para su cumplimiento inmediato.⁴²

⁴² Defensoría del Pueblo del Ecuador.

Teóricamente la acción de amparo debería ser admisible contra todo acto u omisión de autoridad pública que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución, con excepción de la libertad individual tutelada por el hábeas corpus.

Además la acción de amparo no debería ser admisible cuando:

- a) Existan recursos o remedios judiciales o administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía constitucional de que se trate;
- b) El acto impugnado emanara de un órgano del Poder Judicial o haya sido adoptado por expresa aplicación de la ley;
- c) La intervención judicial comprometiera directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público, o el desenvolvimiento de actividades esenciales del Estado;
- d) La determinación de la eventual invalidez del acto requiriese una mayor amplitud de debate o de prueba o la declaración de inconstitucionalidad de leyes, decretos u ordenanzas;
- e) La demanda no hubiese sido presentada dentro los días hábiles determinados a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado o debió producirse.

Comprendiéndose que si la acción fuese manifiestamente inadmisibles, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones.

Que será competente para conocer de la acción de amparo el juez de primera instancia con jurisdicción en el lugar en que el acto se exteriorice o tuviere o pudiere tener efecto.

Que se observen, en lo pertinente, las normas sobre competencia por razón de la materia, salvo que aquellas engendrarán dudas razonables al respecto, en cuyo caso el juez requerido deberá conocer de la acción.

Cuando un mismo acto u omisión afectare el derecho de varias personas, entenderá en todas esas acciones el juzgado que hubiese prevenido, disponiéndose la acumulación de autos, en su caso.

La acción de amparo podrá deducirse por toda persona individual o jurídica, por sí o por apoderados, que se considere afectada conforme los presupuestos establecidos en la Ley. Podrá también ser deducida, en las mismas condiciones, por las asociaciones que sin revestir el carácter de personas jurídicas justificaren, mediante la exhibición de sus estatutos, que no contrarían una finalidad de bien público.

La demanda debería interponerse por escrito y conteniendo:

- a) El nombre, apellido y domicilio real y constituido del accionante;
- b) La individualización, en lo posible, del autor u omisión impugnados;
- c) La relación circunstanciada de los extremos que hayan producido o estén en vías de producir la lesión del derecho o garantía constitucional;
- d) La petición, en términos claros y precisos.

Con el escrito de interposición, el accionante acompañaría la prueba instrumental de que disponga, o la individualizará si no se encontrase en su poder, con indicación del lugar en donde se encuentre.

Indicará, asimismo, los demás medios de prueba de que pretenda valerse.

El número de testigos (que no podrá exceder del legal por cada parte), siendo carga de éstas hacerlos comparecer a su costa a la audiencia, sin perjuicio de requerir el uso de la fuerza pública en caso de necesidad.

No se debería admitir la prueba de absolución de posiciones.

Cuando la acción fuera admisible, el juez requerirá a la autoridad que corresponda un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada, el que deberá ser evacuado dentro del

plazo prudencial que fije. La omisión del pedido de informe es causa de nulidad del proceso.

El requerido deberá cumplir la carga de ofrecer prueba en oportunidad de contestar el informe, en la forma establecida para el actor.

Producido el informe o vencido el plazo otorgado sin su presentación, no habiendo prueba del accionante a tramitar, se dictará sentencia fundada dentro del término legal en horas, concediendo o denegando el amparo.

Si alguna de las partes hubiese ofrecido prueba, deberá ordenarse su inmediata producción, fijándose la audiencia respectiva, la que deberá tener lugar dentro del día señalado.

Si el actor no compareciera a la audiencia por sí o por apoderado, se lo tendrá por desistido, ordenándose el archivo de las actuaciones, con imposición de costas. Si fuere el accionado quien no concurriere, se recibirá la prueba del acto si la hubiere, y pasarán los autos para dictar sentencia.

Evacuado el informe o realizada, en su caso, la audiencia de prueba, el juez dictará sentencia. Si existiera prueba pendiente de producción por causas ajenas a la diligencia de las partes, se podrá ampliar dicho término por igual plazo.

La sentencia que admita la acción deberá contener:

- a) La mención concreta de la autoridad contra cuya resolución, acto u omisión se concede el amparo;
- b) La determinación precisa de la conducta a cumplir, con las especificaciones necesarias para su debida ejecución;
- c) El plazo para el cumplimiento de lo resuelto.

La sentencia firme declarativa de la existencia o inexistencia de la lesión, restricción, alteración o amenaza arbitraria o manifiestamente ilegal de un derecho o garantía constitucional, hace cosa juzgada respecto del amparo,

dejando subsistente el ejercicio de las acciones o recursos que puedan corresponder a las partes, con independencia del amparo.

Las costas se impondrán al vencido. No habrá condena en costas si antes del plazo fijado para la contestación del informe, cesara el acto u omisión en que se fundó el amparo.

Sólo serán apelables la sentencia definitiva, y las resoluciones que dispongan medidas de no innovar o la suspensión de los efectos del acto impugnado. El recurso deberá interponerse dentro del término legal en horas de notificada la resolución impugnada y será fundado, debiendo denegarse o concederse en ambos efectos. En este último caso se elevará el expediente al respectivo tribunal de alzada.

En caso de que fuera denegado, entenderá dicho tribunal en el recurso directo que deberá articularse, debiendo dictarse sentencia.

Es improcedente la recusación sin causa y no podrán articularse cuestiones de competencia, excepciones previas, ni incidentes.

Serán supletorias de las normas precedentes las disposiciones procesales en vigor.⁴³

El Amparo Contra Particulares

La Constitución reconoce una serie de derechos humanos, asegurándolos a los habitantes del Estado. Para hacer efectivo el Estado de Derecho y la vigencia plena de dichos derechos, la misma Constitución crea mecanismos que los garanticen. El amparo se origina, entonces, como un mecanismo de justicia constitucional de protección contra los abusos de la administración del Estado y de defensa de los derechos fundamentales de los administrados.

El Amparo dentro de la Constitución

Con esa concepción, en 1996, el constituyente incorpora el amparo dentro de la Constitución frente a actos ilegítimos de autoridad de la administración

⁴³ Portal de Abogados- Acción de Amparo- Ley.

pública, lo que implicó un gran avance dentro del ordenamiento constitucional ecuatoriano, aunque en aquella ocasión no se aceptó la idea de instituir un amparo amplio, esto es, que incluya la posibilidad de interponer esta acción contra actos u omisiones de particulares.

Es en la reforma constitucional de 1998 en que se amplía el ámbito de competencia de la acción de amparo, posibilitando la interposición del mismo contra actos u omisiones de particulares con ciertas condiciones establecidas en la misma Constitución. Estas condiciones, si bien permiten la interposición de amparos contra particulares, no lo han instituido de manera amplia, sino con restricciones y distinciones de carácter formal y material.

Formalmente, se puede interponer acción de amparo contra actos que vulneren cualquier derecho fundamental realizado, en dicha calidad, por concesionarios, delegatarios o personas que presenten servicios públicos, sin importar la clase de derecho que se vulnera o se amenaza vulnerar, esto es, si se trata de un derecho individual, colectivo o difuso, es decir, procede la acción de amparo para proteger cualquier derecho subjetivo constitucional, pero dicha vulneración debe provenir de la actividad de la calidad de tal, esto es, en relación directa a su actividad como concesionario o delegatario o respecto de la prestación del servicio público.

Protección de derechos subjetivos constitucionales

En este sentido, se debe tener presente que el amparo protege derechos subjetivos constitucionales frente a actos u omisiones ilegítimas. El derecho subjetivo no sólo implica la facultad de ejercer derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sea positivo o natural, sino que este derecho subjetivo debe ser exigible a otro sujeto que se encuentra obligado (elemento externo), pues dicho derecho se ejerce frente a los demás, sea como derecho de libertad jurídica (facultad), como poder de crear nuevos derechos y obligaciones por la autonomía de la voluntad, como el derecho de exigir el cumplimiento de un deber ajeno o incluso como derecho de cumplir el propio deber..

Protección contra actos de la Administración

Al concesionario o delegatario, como tal, solo le es exigible un accionar en esa calidad, es decir, solo se le puede exigir el cumplimiento de lo que se encuentra obligado por el ordenamiento jurídico.

De tal forma, se mantiene entonces el amparo limitado a proteger derechos subjetivos constitucionales frente a actos de la administración realizados directamente por el Estado o indirectamente a través de delegatarios o concesionarios de servicio público, obra pública o de dominio público. A través de la concesión los particulares obran a nombre del Estado, participan en la cosa pública con un status activo, en términos de Jellinek.

La teoría concesional contemporánea

La teoría concesional contemporánea caracteriza a la concesión como un acto administrativo unilateral y no normativo, a través del cual se amplía la esfera jurídica de los administrados (no la restringe, ni modifica o resuelve relaciones jurídicas), pues mediante este instrumento la administración entrega una facultad al administrado, creándole derechos reales administrativos ex novo, respecto de la administración de esos bienes, la ejecución de obra pública o la prestación de servicios públicos, manteniendo la intervención administrativa subyacente sobre esa relación que es ajena al derecho privado.

En definitiva, el concesionario, al creársele derechos reales administrativos por parte de la administración, ejerce potestades administrativas y frente a estos actos se prevé la posibilidad de interponer acciones de amparo.

Por otra parte, se debe tener presente que la posibilidad de presentar acciones de amparo contra actos de concesionarios que no tengan relación directa con el ejercicio de las potestades entregadas por la administración a través de la concesión, ni respecto del ejercicio de derechos creados al concesionario a través de dicho acto administrativo, afectaría al principio de igualdad. El exigirle al concesionario el cumplimiento de obligaciones que no derivan de su calidad

de tal sino como un particular, sería discriminatorio desde que la Constitución ecuatoriana no ha previsto al amparo con un ámbito de competencia amplio, es decir, no se ha instituido con la finalidad de oponerse frente a actos u omisiones de todas las personas y ampliarlo con el simple argumento de que el sujeto pasivo del amparo es un concesionario sin tomar en cuenta si el acto deriva de esa calidad, lo que implicaría realizar una distinción arbitraria, pues quien no es concesionario no es sujeto pasivo de esta acción.

Interposición del Amparo.-

Materialmente, se puede interponer acción de amparo contra cualquier particular cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso. En este aspecto el constituyente ha otorgado mayor protección a dichos derechos, por sobre la que se otorga a los individuales, que no reciben el mismo tratamiento respecto de esta garantía.

El interés comunitario o colectivo es aquel que corresponde a una comunidad o un grupo (colectividad), esto es, como lo ha señalado el Tribunal Constitucional, "una agrupación unida por lazos específicos como son los pueblos indígenas y negros, para quienes la Constitución utiliza la antedicha expresión al consagrar sus derechos colectivos en el Capítulo V del Título III (artículos 83 a 85) de la Ley Suprema". Ahora bien, según la doctrina, los derechos colectivos son aquellos derechos de grupo, como los jubilados, los estudiantes, etcétera, es decir, aquellos en los cuales se puede identificar el grupo al que se le afectan sus derechos.

Intereses colectivos y comunitarios

Respecto de los intereses colectivos y comunitarios, la Constitución, en un principio, limita la legitimación activa, pues puede interponer el amparo el "representante legitimado de una colectividad". En este entendido, el Tribunal Constitucional aceptó un amparo interpuesto por el Presidente de la Federación Independiente del Pueblo Shuar del Ecuador en contra de la compañía ARCO Oriente por violar los derechos colectivos de dicho pueblo indígena lo que acarrea una afcción grave y directa a su interés comunitario.

Se debe tener presente que, en el caso de vulneración de intereses comunitarios o colectivos, puede ser cualquier individuo perteneciente a la comunidad o grupo determinado quien se vea afectado por un acto ilegítimo o ilegal, por lo que, estimo, no se podría in admitir el amparo solicitado por un solo individuo, perteneciente a determinada colectividad o comunidad si es que determinada acción u omisión le afecta exclusivamente a dicho individuo, sin que ello importe una afectación a un interés individual sino comunitario. Distinto es el caso en que un acto afecte a la generalidad de miembros de una colectividad o comunidad en que sí se requerirá la legitimación activa del representante de la colectividad.

El caso de los derechos difusos

En materia de derechos difusos el asunto se complica al momento de determinar la legitimación activa. La distinción entre un derecho colectivo y uno difuso no se caracteriza en cuanto su contenido, sino en canto su titularidad. Así, mientras respecto de los derechos colectivos se puede identificar el grupo que ejerce dichos derechos, y a los que afecta su vulneración, ello no ocurre respecto de los derechos difusos. Por esta razón, la Ley del Control Constitucional "legitima a cualquier persona natural o jurídica, cuando se trata de la protección del medio ambiente". El medio ambiente, si bien se encuentra incluido por la Constitución entre los derechos colectivos, tanto éste como el de los consumidores son difusos. La dificultad respecto de los derechos difusos es que se debe legitimar un representante de la colectividad que en verdad no existe, pues somos todos, pero también ninguna persona considerada individualmente. En este entendido, creo que se debe permitir que cualquier persona, cuyo derecho se afecte directamente por determinado acto, se debe encontrar legitimado para interponer la acción de amparo correspondiente.

Legitimidad del acto

Ahora bien, para efectos de determinar la ilegitimidad del acto que vulnera derechos fundamentales, se debe distinguir el caso de cuando dicho acto

proviene de un concesionario o delegatario del proveniente de un particular que vulnera un interés colectivo, comunitario o derecho difuso. En el primer caso, se debe tener en cuenta que el concesionario actúa a nombre del Estado, investido de potestades, por lo que dicha acción u omisión deberá reunir la característica de ilegitimidad para que el amparo sea procedente. La Primera Sala del Tribunal, en algunos fallos, ha determinado que un acto se torna ilegítimo cuando ha sido dictado por una autoridad que no tiene competencia para ello (en este caso un concesionario que sobrepasa las potestades administrativas determinadas en la respectiva concesión), o lo realiza sin conformidad a los procedimientos señalados por el ordenamiento jurídico o cuyo contenido sea contrario a dicho ordenamiento o bien que lo dicte sin fundamento. Es decir, los actos de los concesionarios también deben tener base jurídica en cuanto a la competencia, procedimientos, oportunidad, motivación y finalidad.

En el caso del amparo contra particulares, que se interpone por violación de intereses colectivos, comunitarios o derechos difusos, ya no cabe la exigencia de acto ilegítimo. La legitimidad, que se presume, o la ilegitimidad, que debe ser demostrada, es una característica propia de los actos de autoridad (de potestad administrativa en el caso de los concesionarios). En este caso, para que el amparo proceda, se debe demostrar que el acto del particular es ilegal o in jurídico (pues se presume su legalidad), es decir, contra Derecho, tomado en cuenta la autonomía de la voluntad privada con sus limitaciones en razón de los derechos de terceros o respecto de las normas de orden público. Una diferencia básica entre un acto de autoridad u uno de particular es que el obligado a cumplirlo, en el primer caso, no puede eludir su cumplimiento (por su ejecutoriedad) y en el segundo sí, hasta que una autoridad judicial le ordene cumplir el acto.

Así mismo, la Constitución prevé la legitimación pasiva de particulares que presten servicios públicos, sin que dicha prestación provenga de una concesión o delegación de autoridad pública. En este caso, nada pacífico, considero que se puede interponer acción de amparo frente a actos ilegales o in jurídicos originados en la prestación directa del servicio público sin que sea necesario

que la vulneración se refiera a intereses comunitarios, colectivos o derechos difusos sino también a derechos individuales.

La vulneración de derechos

Si bien la Constitución ecuatoriana permite la posibilidad de interponer amparos contra particulares, por las limitaciones señaladas esta garantía no se encuentra instituida de manera amplia. En efecto, el amparo fue concebido con la finalidad de que los particulares protejan sus derechos subjetivos constitucionales en contra de actos ilegítimos de autoridad pública, de conformidad con la finalidad de Estado de respetar los derechos fundamentales de las personas, pero ello no quiere decir que los particulares no vulneren con sus actuaciones derechos fundamentales de otros particulares. El maestro Manuel García-Pelayo, en "Las Transformaciones del Estado Contemporáneo", hace presente que, en la actualidad, no solo que no es el Estado quien vulnera derechos fundamentales sino que los particulares se encuentran incluso en mayores condiciones para vulnerarlos.

Pero es también el particular común quien, a diario, vulnera derechos fundamentales de las personas y no existe, en el Ecuador, ninguna garantía que proteja al particular frente a actos ilegales que violen sus derechos subjetivos constitucionales. Se podrá manifestar que el afectado puede interponer acciones civiles, pero éstas son prolongadas y no se cuenta con ningún mecanismo de protección inmediato que evite los daños irreparables que una eventual indemnización pecuniaria posterior no podrá reparar. Ello no quiere decir que el Recurso de Protección, en el caso chileno, reemplace los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, pues en el respectivo fallo no se resuelven asuntos de lato conocimiento, sino que se lo mantiene como una acción cautelar de derechos fundamentales y sin perjuicio de las acciones judiciales previstas en el Derecho positivo. Considero que, si se quiere hacer efectivo aquel Estado de Derecho profundo del que habla Bobbio, el Estado debe cumplir a cabalidad su finalidad última de servir a la persona humana, no solo respetando los derechos fundamentales de

las personas, sino protegiéndolos de cualquier violación, provenga ésta de la actividad administrativa así como de actos de los particulares como tales.⁴⁴

⁴⁴ Dr. Rafael Oyarte Martínez. PROFESOR DE LA PUCE Y LA USFQ Artículo publicado en la Revista Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador .

- **Conclusiones.**

Conforme se ha detallado en las páginas anteriores, el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico da a la acción de lesividad no es uniforme.

A partir de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se establece, como regla general, que los órganos administrativos no tienen competencia para revocar, por razones de legalidad, actos administrativos favorables que han causado estado. Para hacerlo deben, necesariamente, proceder a declarar que el acto en cuestión es lesivo al interés público y acudir ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo a través de la acción de lesividad.

Esta regla general se ve modificada en el caso de las instituciones de la Función Ejecutiva, a las cuales se aplica el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Conforme este último, los actos administrativos favorables, que han causado estado, pueden ser revocados directamente por la administración, por razones de legalidad, si tienen irregularidades que produzcan nulidad de pleno derecho; pero si las irregularidades son de aquellas que generan anulabilidad, es necesario recurrir a la acción de lesividad.

Pero a más de las normas indicadas, que se aplican a la que el Estatuto denomina administración pública central, es necesario tomar en cuenta las disposiciones que el mismo cuerpo normativo contiene para las entidades que pertenecen a la denominada administración pública institucional. En el caso de estas últimas, la potestad de revocar de oficio los actos administrativos puede ejercerse exclusivamente en el caso de actos anulables, pero si se trata de actos que tengan irregularidades de aquéllas que producen nulidad de pleno derecho, debe plantearse la acción de lesividad.

No está de más recordar que, como hemos dicho, hay fundamentos para considerar que la denominada administración pública institucional no puede ser regulada por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

De aceptarse esto, las normas aplicables a las instituciones que integran esa administración pública serían las de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

- Anexos.

5. BIBLIOGRAFIA.-

Constitución Política del Ecuador.

Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva.

Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativa.

Código Civil.

Código de Procedimiento Civil.

Manuel Maria Diez.

Eduardo García de Enterría

Tomás Fernández.

Héctor Escola.

Roberto Dromí.

Juan Carlos Casagne.

Hugo Olguín Juárez.

Francisco Tinajero Delgado.

Patricio Secaira Durango.

Juan Pablo Aguilar.

WWW. Portal de Abogados.

Cronograma.

- 1.- Presentación y aprobación del Plan de Tesis Final. 2 de Mayo del 2006.**
- 2.- Recolección de Material Bibliográfico. 30 de Junio del 2006.**
- 3- Análisis de Material Bibliográfico según capítulos. 30 de Julio del 2006.**
- 4- Elaboración de la Tesis aprobada. 10 de Septiembre del 2006.**
- 5- Revisión del material elaborado. 15 de Septiembre de 2006.**
- 6- Presentación de la Tesis Realizada. 15 Octubre de 2006.**

San Francisco de Quito, 2 de Mayo de 2006.

Abg. Eduardo Koppel Vintimilla.