

UNIVERSIDAD INTERNACIONAL SEK

FACULTAD DE DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

TESIS PARA LA OBTENCIÓN DEL DOCTORADO EN DERECHO

**“TEORÍA DE LA INVALIDÉZ DE LOS ACTOS
ADMINISTRATIVOS”**

ANDRÉS NÁJERA

QUITO, 2004

INDICE

INTRODUCCION	7
CAPITULO I	9
INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO DE LAS ACTUACIONES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	9
La gestión administrativa y su exteriorización jurídica y material	9
El acto jurídico	10
Formas de la actividad administrativa	10
El simple acto de la administración, hecho administrativo, el contrato administrativo y el reglamento administrativo.....	11
EL ACTO ADMINISTRATIVO.....	12
Definición.....	12
Elementos del acto administrativo.-.....	13
Elementos Subjetivos:.....	13
El sujeto.-	13
Competencia.-	14
Elementos objetivos.-.....	14
Objeto.-.....	14
Causa.-.....	14
Finalidad.-	15
Elemento formales.-	15
Forma.-	15
Motivación.-	15
Eficacia.-	16
Características de los actos administrativos.-.....	16
Estabilidad.-	16
Impugnabilidad.-	17
Ejecutoriedad de los actos administrativos.-	17
Ejecución de los actos administrativos.-	18
TEORÍA DE LA INVALIDEZ DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	19

Impugnabilidad de los actos administrativos	19
Las irregularidades del acto administrativo	22
CAPITULO II.....	25
INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	25
Antecedentes jurídicos de la teoría de la inexistencia del acto administrativo ..	25
Lógica de la categoría de la inexistencia de los actos administrativos	31
Característica de los vicios que importan la inexistencia de los actos administrativos	33
Consecuencias de la inexistencia de los actos administrativos.....	38
La presunción de legalidad del acto administrativo.....	39
Aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico del Ecuador	46
La excepción de inconstitucionalidad y la de ilegalidad.....	50
Diferencias entre inexistencia y nulidad	57
La ausencia de efectos jurídicos de los actos administrativos y su diferencia con la inexistencia.....	64
Utilidad de la categoría de inexistencia jurídica.	68
Vías de hecho	69
La aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos frente las regulaciones que sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos se encuentra tipificada en nuestra legislación.	75
CAPITULO III	77
LA NULIDAD	77
Ideas generales	77
Diferencias entre las nulidades civiles y las administrativas	80
NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO.....	83
Causales O Vicios Que Provocan Nulidad Absoluta De Los Actos administrativos	86
Actos dictados por autoridad incompetente	91
Competencia racione materiae.....	92
Competencia en razón del territorio.....	92

La competencia en razón del tiempo.....	93
Actos de contenido imposible	97
Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta	98
Actos dictados con prescindencia del procedimiento legalmente establecido	100
Actos dictados vulnerando las reglas esenciales para la conformación de la voluntad de quienes lo dictan.....	104
Actos que lesionan el contenido de derechos y libertades susceptibles de protección a través de garantías constitucionales.....	107
Actos contrarios a normas superiores	107
Causales de nulidad que no se tipifican en forma detallada dentro de la normativa legal.....	115
CAUSAL DE NULIDAD TIPIFICADA EN FORMA GENERAL.....	116
PRECISIONES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ESTATUTO DEL REGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA	121
La revocación de los actos administrativos.....	138
Apreciación doctrinaria.....	138
Consideraciones generales.	138
a) El agotamiento del contenido.....	138
b) La extinción por decaimiento del objeto del acto	139
c) Si se cumple una condición resolutoria	139
d) La renuncia tácita o expresa por parte del interesado.....	139
e) El retiro sin efecto retroactivo de un acto	140
f) Cambio de acto por otro	140
Revocación, abrogación e invalidación — Diferencias.	140
La revocación y otras instituciones jurídicas.	142
Caracteres de la revocación.....	146
Fundamento de la potestad de revocar.....	147
El acto de revocación.	149
a) Función de los actos de revocación y de abrogación.-.....	150

b) Estructura.-.....	150
c.) Su forma.....	152
Órgano competente para revocar o abrogar.	153
Potestad para revocar y abrogar.	156
Efectos de la revocación y de la abrogación.	157
Límites de la potestad de revocar o de abrogar.....	160
Inmutabilidad del acto administrativo.....	163
Mecanismos legales para revocar un acto administrativo con vicios de nulidad	166
Impugnación de los actos administrativos en vía Administrativa.....	167
EL RECLAMO ADMINISTRATIVO.-	168
EL RECURSO DE REPOSICION.-	172
EL RECURSO DE APELACION.-	174
EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.-	175
DECLARATORIA DE LESIVIDAD.-.....	177
Impugnación de los Actos administrativos en vía Judicial	180
Impugnación de los actos administrativos en vía constitucional	184
Efectos de la declaratoria de nulidad	186
CAPITULO VI	189
LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	189
Características de la anulabilidad de los actos administrativos.....	189
Vicios que hacen anulable el acto: el artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.....	190
Análisis del vicio por omisión de procedimientos o formalidades esenciales	192
a) El carácter instrumental de las formas	192
b) El principio de economía procesal y la virtud invalidante de los vicios de forma:	193
Alcance de la declaración de la nulidad de lo actuado.	196
Convalidación, conversión e incomunicación de invalidez	197
Medios jurídicos necesarios para la anulación de actos administrativos.....	198
Efectos de la declaración de la existencia de vicios que implican la anulación de los actos administrativos.	201

Aplicación de la anulabilidad de los actos administrativos en la legislación ecuatoriana	203
LAS IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES	204
CAPITULO V	206
CONCLUSIONES	206
BIBLIOGRAFIA	210

INTRODUCCION

Dentro del presente trabajo me he propuesto analizar a profundidad la teoría de la invalidez de los actos administrativos y confrontarla tanto con la legislación vigente como con la jurisprudencia existente al respecto, ello a efectos de demostrar la procedencia de las siguientes hipótesis propuestas:

Con relación a la inexistencia de los actos administrativos, demostraré que esta es una categoría pertinente en la teoría de la invalidez de los actos administrativos y especialmente de que ella es aplicable en nuestro país, en tanto la legislación interna del Ecuador hace referencia a tal posibilidad.

En lo que a la nulidad se refiere, demostraré también que dada la flexibilización del principio de reserva legal, en lo que a la protección de los derechos de los administrados se refiere, hace pertinente afirmar que las causales de nulidad de los actos administrativos no deben necesariamente estar expresa y taxativamente constantes en las normas jurídicas; dando lugar por ende a causales implícitas o virtuales, según así las han denominado ciertos sectores de la doctrina latinoamericana. Adicionalmente a ello evidenciaré que en la práctica la regla general en lo referente a las sanciones de los actos administrativos viciados es la nulidad y no la anulabilidad, conforme expresamente se dice en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Quedará demostrado que la anulabilidad como categoría de invalidez de los actos administrativos, que pese a ser referida como la regla general en lo que a sanciones se refiere, es prácticamente inaplicable en la realidad ecuatoriana.

Para lograr tales objetivos, sin pretender ser cabal, he revisado la mayor parte de estudios jurídicos elaborados por quienes en mi criterio son los mejores tratadistas de Derecho Administrativo, los cuales han sido confrontados a la luz de la jurisprudencia interna y comparada de la que me he valido a efectos de verificar su

aplicación práctica. Ello sumado al análisis de las normas que conforman el espectro jurídico administrativo interno de nuestro país, permite que el lector se haga una idea clara del contenido de este trabajo y de la importancia y procedencia de las conclusiones derivadas de él.

Mi objetivo básico es demostrar que las tesis propuestas son perfectamente aplicables en nuestro país a situaciones concretas que pueden ser ventiladas tanto en sede administrativa como en la judicial y mi finalidad última es verificar que a través de la aplicación de los análisis, estudios y contenidos de este trabajo se cree una conciencia en los administrados que les permita precautelar sus derechos e intereses en forma más efectiva.

En definitiva, esta tesis pretende levantar el velo impuesto a la teoría de la invalidez de los actos administrativos a fin de determinar con exactitud el alcance de la potestad administrativa y las consecuencias de su irregular actuar. Esto a su vez permitirá que el administrado tenga pleno conocimiento de las prerrogativas que le otorga nuestra legislación cuando por culpa o dolo de las Autoridades de turno se pretendan vulnerar sus legítimos derechos, lo cual aspiro sirva no solo para remediar sino incluso para evitar el cometimiento de actos que causen daños a quienes debemos soportar el ejercicio de la actividad administrativa.

CAPITULO I

Introducción al estudio de las actuaciones de la Administración Pública

Según se ha dejado expuesto, la presente tesis doctoral versará sobre los diferentes vicios de legalidad en que puede incurrir la Autoridad al expedir los actos administrativos y los efectos que estos acarrearán a esa exteriorización de voluntad pública en relación a su gravedad; sin embargo, para tener un panorama más claro sobre el tema a tratar he creído oportuno citar algunos conceptos de lo que es el Acto administrativo, para deducir a través de ellos, las diferentes causales de su eventual anulabilidad, nulidad o inexistencia.

Según bien lo reconocen casi todos los autores de Derecho Administrativo consultados, sobre la acepción de acto administrativo, existen tantas posiciones como autores sobre el tema se han presentado, por lo que, lograr una unidad en los mismos es casi imposible, quedándonos únicamente la opción de escoger la que en nuestro fuero interno se considere como la más exacta, sin que ello implique ningún tipo de coerción a los lectores para que la acepten. Ahora bien, para captar íntegramente lo que es el Acto administrativo, será también necesario hacer referencia a su naturaleza y finalidad, temas que en modo sucinto trataré siguiendo los lineamientos del jurista Sharon Rubín D'Celis Vespa¹.

La gestión administrativa y su exteriorización jurídica y material

La Administración Pública como aparato estatal, para el logro de los fines que el Estado persigue y los que se refieren a la propia administración, realiza la llamada actividad administrativa, que comprende los actos administrativos y las operaciones

¹ Cfr. D'Celis Vespa, Sharon Rubín, Actos Administrativos, La Paz, trabajo inédito, 1999, p. 5-6

materiales. Las primeras constituyen órdenes, instrucciones o decisiones y las otras constituyen los actos mismos de ejecución de las primeras. Las dos forman un proceso causal necesario en la actividad administrativa para la realización de sus fines.

Existen dos aspectos fundamentales que caracterizan la gestión administrativa: uno es, lo jurídico de los actos; y el otro, el aspecto técnico que significa la acción práctica y de realización concreta de los mismos.

Por ello, hay que distinguir claramente el acto administrativo del acto material de ejecución del mismo; me explico con un ejemplo: en el desalojo de los comerciantes informales ubicados en espacios públicos, será necesario inicialmente una orden del Alcalde o de la autoridad competente para ordenar el desalojo, la cual constituye el acto administrativo y por luego, la acción efectiva de los gendarmes municipales que en forma física retirarán a los comerciantes de las zonas públicas identificadas, lo cual se constituye en el acto material de ejecución. Una resolución, es un acto administrativo; su cumplimiento, es una operación material.

El art. 78 del Estatuto denomina a esta actuación material como hecho administrativo.

El acto jurídico

Antes de referirme al acto administrativo, haré una referencia conceptual de lo que es Acto Jurídico en sí. Son pues Actos Jurídicos las manifestaciones de voluntad unilateral de las personas naturales y jurídicas, con el objeto de producir efectos de derecho cuyo alcance es plenamente conocido por sus actores; aquí nos encontramos tanto en el ámbito del derecho privado como del derecho público.

El Acto Jurídico es la expresión de la voluntad, emitida con la intención de crear, modificar o extinguir derechos, se caracteriza por ser manifestación de voluntad de una o más personas; diferenciándose de los hechos jurídicos propiamente tales por ser productos de naturaleza, independientemente de la voluntad humana.

Formas de la actividad administrativa

Cualquiera que sea su forma, la actividad administrativa se traduce en hechos administrativos, simples actos de la Administración, actos administrativos, contratos administrativos y reglamentos.

Todas estas manifestaciones, la Doctrina más generalizada las ha englobado bajo la sola denominación de Actos administrativos, entendidos estos como las manifestaciones de las autoridades públicas que provocan efectos directos o indirectos en los particulares o en ellas mismas.

Dentro de este trabajo, cuando se haga referencia al acto administrativo, se estará aludiendo a la categoría englobada dentro de la clasificación señalada y no a toda la generalidad de actuaciones públicas, a menos que expresamente se diga.

Aclarado una vez esto, analizaré los diferentes tipos de actuaciones públicas, deteniéndome algo en lo que al acto administrativo se refiere, sin que ello quiera decir que analizaré profundamente cada una de sus características o naturaleza, sino que, siguiendo el objeto trazado en esta tesis, me concentraré en las causas de su extinción por vicios de legalidad incurridos en su elaboración.

El simple acto de la administración, hecho administrativo, el contrato administrativo y el reglamento administrativo.

El simple hecho de la administración consiste en "toda declaración unilateral interna o interorgánica, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos individuales en forma indirecta"². El hecho administrativo consiste en la ejecución material de las decisiones que constituyen actos administrativos, por ejemplo la demolición de un muro o de una casa ordenada por autoridad administrativa por alguna razón de interés público; el retiro de los obstáculos que se oponían al libre tránsito en una calle, etc.; el contrato administrativo por su parte, se caracteriza principalmente porque en él existe un acuerdo de voluntades, es decir, se prescinde de la unilateralidad que identifica a los actos administrativos propiamente

² Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 143.

dichos. "El Reglamento administrativo es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos generales en forma directa."³.

El acto administrativo.

Definición

Según Rafael Bielsa, "Es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en el ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes, e intereses, de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas"⁴

Para comprender mejor el concepto, Lino Fernández⁵ dice que: La expresión actos administrativos está referida a la actividad del Estado que ejerce una de las funciones fundamentales como es la administrativa, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, para alcanzar sus fines políticos jurídicos, económicos y sociales. En sentido amplio el acto administrativo se aplica a toda clase de manifestaciones de la actividad de los sujetos de la Administración Pública; y en el sentido estricto, comprende y abarca a las manifestaciones de la voluntad del Estado para crear efectos jurídicos.

Así, Rafael Bielsa afirma que "la Administración Pública decide por propia iniciativa y atribución como ejecutora de la Ley" y que esas decisiones son manifestación de la voluntad creadora o generadora de situaciones jurídicas, mismas que vendrían a constituirse en actos administrativos⁶; en este sentido, forma parte de una primera corriente de autores que al decir de Roberto Dromi, consideran como acto administrativo a todo obrar jurídico de las Autoridades Públicas que tenga efectos

³ Op. Cit. p.143

⁴ Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980, p. 2

⁵ Cfr. Fernández, Lindo, Derecho Administrativo, La Paz Bolivia, Editorial "G.H", 1989,

⁶ Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980, p. 1

directos o indirectos en los administrados, ya sean generales o individuales y sean dictados en forma unilateral o bilateral.

El profesor Gustavo Penagos citando a Georges Dupuis, señala que el acto administrativo "Es un acto normador de carácter unilateral"⁷, concepto en mi criterio, que por demasiado escueto, impide establecer con precisión los verdaderos límites de los actos administrativos.

Dromi, tratando de salvar la excesiva generalidad del concepto arriba citado, da su criterio y afirma que estamos frente a un acto administrativo cuando existe una "declaración administrativa, unilateral e individual con efectos directos para el administrado"⁸. Este, que en mi criterio es uno de los que más luces nos brinda dentro de este tema, por lo que para efectos del presente trabajo será utilizado para definir el Acto administrativo.

Elementos del acto administrativo.-

Se los puede clasificar en tres secciones, a saber: Subjetivos, Objetivos y Formales

Elementos Subjetivos:

El sujeto.-

Es el que produce o emite el acto administrativo, es siempre la Administración Pública, a través de cualquiera de sus órganos.

⁷ Penagos, Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo I, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996, p. 105

⁸ Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 202

Este sujeto (órgano o autoridad) debe tener la necesaria competencia (capacidad) para adoptar y ejecutar la decisión correspondiente.

Competencia.-

Es el conjunto de atribuciones, potestades, facultades y obligaciones que un órgano puede y debe ejercer legítimamente, la competencia nace de la Constitución y de la Ley y debe ser ejercida directa y exclusivamente, a menos que proceda la obligación y la avocación. Todo acto administrativo emana de un órgano de la Administración Pública, dependiente del Estado o de sus organismos seccionales

Elementos objetivos.-

Son el objeto, la causa y el fin

Objeto.-

Es la materia o contenido del acto administrativo, es decir, la sustancia de que se ocupa este. El objeto debe ser cierto, lícito y real, es decir identificable, verificable y conforme a la ley.

- El objeto comprende, las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo. En cuanto a sus requisitos , el objeto debe ser lícito, cierto, posible y determinado.
- El objeto no debe ser prohibido por orden normativo.

Causa.-

Es el motivo particular que impulsa a la administración a emitir un acto administrativo.

Finalidad.-

El fin es su propósito general. El fin es siempre de interés público, por que tiende a la satisfacción de necesidades sociales que son requerimientos de una comunidad determinada.

Todo acto administrativo, necesariamente debe responder a un fin determinado, ya sea, de interés general y también a aquellos intereses a los que específicamente cada decisión debe estar dirigida.

Elemento formales.-

Conciernen a las formas que revisten los actos administrativos, que deben ser escritos, motivados, firmados, por la autoridad que los emite, consignar el nombre del o de los destinatarios, etc.

Forma.-

Es un elemento de la legalidad externo o formal del acto administrativo. El procedimiento constitutivo del acto administrativo es el conjunto de trámites requisitos y modalidades para la elaboración del mismo, la forma complementaria son los trámites posteriores a la declaración o decisión de la autoridad administrativa.

Motivación.-

Son las circunstancias de hecho y de derecho que en cada caso justifica la existencia del acto administrativo, que está dado por la exteriorización de los hechos identificados y de los fines deseados con respecto a ellos enunciando las normas jurídicas que le permiten actuar de esa forma evidenciando la relación existente entre ellas y el objeto del acto administrativo.

Eficacia.-

Los actos administrativos deben cumplir ciertos requisitos esenciales para surtir efectos. Estos requisitos esenciales son: La Publicación o la notificación de los interesados, dependiendo del caso.

La publicación es aplicable a los reglamentos circulares y resoluciones administrativos de carácter general, mientras que la notificación lo es a los actos administrativos.

El acto administrativo que no ha sido notificado no produce efectos jurídicos. Por lo tanto la notificación es elemento del acto, forma parte de él. El acto administrativo no suerte efecto mientras no sea notificado al interesado. El objetivo, el fin, la integración del acto administrativo se logra, se concreta, se produce desde el momento en que el interesado a quien va dirigido toma conocimiento (que es el fin de la notificación). Es entonces cuando el acto administrativo adquiere eficacia, no antes ni después, y no desde la fecha de su emisión.

Dependiendo de a qué elementos del acto administrativo afecte los vicios de legalidad éste será anulable, nulo o inexistente; este, que constituye el tema central de la presente tesis, será desarrollado a lo largo de los siguientes capítulos.

Características de los actos administrativos.-

Estabilidad.-

Al igual que las leyes, los actos administrativos son estables, en el sentido de que forman parte del orden jurídico nacional y de las instituciones administrativas porque confieren derechos, establecen obligaciones y regulan la Administración Pública así como las relaciones entre esta y los administrados. Dicha estabilidad, tiene que ver sobre todo con la naturaleza de los derechos adquiridos y con la presunción de

legalidad que los rodea, en virtud de la cual se considera que todo acto administrativo es legítimo en principio, por que emana de las potestades de orden público que tiene la administración y que persigue el interés social, colectivo.

Impugnabilidad.-

La presunción de legalidad es relativa, es decir puede cambiar, así, a un acto se lo considera legítimo mientras no se demuestre su invalidez, lo que implica que pueden ser impugnados por vía administrativa, por la judicial o por la constitucional. En sede administrativa a través de recursos de apelación, reposición y revisión; en sede judicial mediante las acciones previstas en la Ley, como los recursos subjetivo, objetivo o de lesividad establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o los de impugnación propiamente dichos establecidos en el Código Tributario y Ley de Modernización del estado; y, finalmente, en vía constitucional, mediante una acción de amparo o con la acción de inconstitucionalidad, dependiendo si se trata de un acto con efectos erga omnes o de un acto administrativo con efectos individuales.

Ejecutoriedad de los actos administrativos.-

Es la atribución del ordenamiento jurídico que en forma expresa o razonablemente implícita, reconoce a la autoridad con funciones administrativas para obtener el cumplimiento del acto. La ejecución administrativa no podrá ser anterior a la notificación del acto. La ejecutoriedad es la facultad de la Administración Pública de ejecutar sus propios actos, sin intervención del órgano judicial.

La ejecutoriedad implica que la Administración Pública puede usar de la fuerza pública, en caso necesario, para ejecutar sus actos, cuando encuentre oposición o resistencia de hecho a los mismos.

Las diferencias existentes entre legitimidad y ejecutoriedad es que la primera tiene que ver con la validez de los actos administrativos y la segunda con su eficacia. La

legitimidad es una propiedad de los actos en si mismo, en forma similar a como en la derecho privado tienen fuerza ejecutiva ciertos documentos civiles y mercantiles, por ministerio de la ley. La ejecutoriedad es una facultad de la Administración Pública, con referencia a la ejecución de sus actos.

Ejecución de los actos administrativos.-

Es el acto material por el que la Administración Pública ejecuta sus propias decisiones o actos administrativos en virtud de sus potestades imperativa y ejecutiva. La ejecución por administración deberá realizarse de acuerdo con las reglas de la técnica y por el procedimiento reglado al efecto, y cualquier daño que irregularmente se cometa en los bienes o persona del administrado deberá ser indemnizado.

Por principio, los actos administrativos deben ejecutarse inmediatamente por la Ejecutoriedad que les es inherente y la impugnación que se haga de ellos en principio no suspende su ejecución, salvo en los dos casos siguientes admitidos por la doctrina:

1. Por expresa disposición de la ley.
2. Por disposición de la autoridad competente, tomada de oficio o a petición de parte, siempre que la ley le faculte para ello.

Todos los conceptos expuestos hasta este punto permitirán al lector obtener un conocimiento general del Acto administrativo, el cual será absolutamente indispensable para entender la serie de requisitos que debe cumplir la autoridad pública para que esto sean eficaces y sobre todo la serie de vicios legales que pueden afectar su forma y su fondo y que lo tornarán contrario al ordenamiento jurídico debiendo en consecuencia sufrir las sanciones que éste determina para el evento que ocurra tal eventualidad.

Teoría de la invalidez de los actos administrativos

Impugnabilidad de los actos administrativos

Según quedo arriba expuesto, los actos administrativos tienen una estabilidad relativa en el mundo jurídico, es decir, están llamados a cumplirse por la presunción de validez y ejecutoriedad con las que nacen, sin embargo de ello, los administrados tienen plenas facultades de impugnarlos dado su derecho de "petición" y de "acción"⁹ y obtener un pronunciamiento imparcial de las autoridades competentes, sean estas administrativas o judiciales.

Considerando el principio básico que orienta a la administración a actuar siempre en pro del bien común y la restricción constitucional de actuar siempre de conformidad con lo dispuesto por la normativa jurídica interna, debemos entender que la exteriorización de sus actuaciones - actos administrativos en sentido amplio del término -, siempre estarán acorde con la normativa que las orienta; sin embargo, pueden existir falencias, errores e incluso abusos dolosos de las autoridades administrativas al dictar sus decisiones que, además de menoscabar la esfera privada, de forma directa o indirecta pueden afectar la normativa jurídica estatal o incluso su espíritu inspirador, lo cual evidentemente dará como resultado un acto administrativo contrario al sistema jurídico que deberá ser "revocado o anulado"¹⁰ o simplemente retirado del mundo jurídico, según se prefiera¹¹.

⁹ El derecho de acción está contemplado en el artículo 24 numeral de la Constitución Política del Ecuador e implica una prerrogativa de todas las personas para acudir ante los Tribunales de Justicia a hacer valer los derechos que se crean asistidos.

¹⁰ Cfr. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Ed. Martín Bianchi Altuna Maldonado, 1986, p. 528-530.

¹¹ La diferencia entre revocación y anulación, ha sido un tema de álgidas discusiones doctrinarias que se las pueden sintetizar de la siguiente forma: La primera corriente doctrinaria dice que estamos frente a la revocación cuando el acto administrativo es extinguido por razones de conveniencia u oportunidad y que estamos frente a la anulación, cuando se lo extingue por motivos de legalidad, es decir, cuando el acto administrativo, en forma directa o indirecta, contradice normas jurídicas jerárquicamente superiores; otra corriente doctrinaria nos dice que el uso de revocación o anulación depende del órgano que extingue el acto administrativo, así estaremos frente a la revocación cuando la autoridad administrativa sea quien ordena la extinción del acto, ya sea por causales de oportunidad,

El Derecho de todas las personas a acudir ante un órgano de justicia para hacer valer sus derechos, tiene íntima relación con el principio de impugnabilidad de los actos administrativos¹²; en tal sentido, los afectados por los actos administrativos tienen el derecho de "acción" y de "petición" en virtud de ellos, tienen la facultad de someter a las actuaciones administrativas a tela de juicio a fin de confirmar el cumplimiento de los requisitos de fondo y forma que deben satisfacer todas las actuaciones administrativas y por ende ser ratificado, o en su defecto, evidenciar las ilegalidades o inconstitucionalidades en las que incurre y como consecuencia, sancionarlo con la anulación, la nulidad o la inexistencia, dependiendo de la gravedad del vicio.

Entrando un poco más en el tema, decimos que los vicios del acto administrativo son las "faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del derecho y que, de acuerdo en el orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficacia, impidiendo su subsistencia o ejecución"¹³. En este orden de ideas podemos deducir que la invalidez es la consecuencia jurídica del acto viciado.

La gravedad de la sanción de invalidez (anulabilidad, nulidad e inexistencia) no debe medirse por la conducta del agente creador del vicio, sino por la lesión que produzca o que pudiese producir en los intereses de los afectados y en el orden público y jurídico estatal. En otras palabras, no existen vicios *per se* graves, sino que esta gravedad está dada más bien por las consecuencias que sus efectos acarrearán, en este sentido es que podemos justificar la validez de las herramientas jurídicas dadas para solventar los efectos de los vicios denunciados, me refiero específicamente a los recursos jurídicos y sus plazos de caducidad, así como a la acción directa del

conveniencia o legalidad, por otro lado, estaremos frente a la anulación, cuando sea una autoridad judicial la que ordene la extinción. Dada la práctica jurídica ecuatoriana, dentro del presente trabajo inicialmente utilizaremos el término revocación para definir todas las formas de extinción por motivos de oportunidad, conveniencia o legalidad de los actos administrativos, dejando la palabra anulación y otros calificativos similares, simplemente para individualizar la causal que obligó a las autoridades administrativas o judiciales a extinguir el acto administrativo en cuestión.

¹² De conformidad con el art. 196 de la Constitución Política del Ecuador "Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la Ley."

¹³ Ob. Cit. Dromi, Roberto p. 243

administrado. Todos estos temas serán analizados extensamente a lo largo del esta tesis; en este punto solamente quiero dejar planteada la idea.

Además de la revocación, los actos administrativos pueden ser extinguidos por caducidad y por decaimiento¹⁴: La primera consiste en la extinción de las facultades coercitivas de la Administración Pública para hacer cumplir sus decisiones. La segunda, cuando circunstancias supervinientes hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para la existencia del acto administrativo.

Un segmento reducido de la doctrina, reconoce dos vías adicionales a través de las cuales se puede extinguir un acto administrativo; el primero consiste en el cumplimiento cabal del mismo por parte de los administrados vinculados, es decir, el cumplimiento de todos sus efectos. Ante esta posición, Sayagués Laso revela la crítica a la que se ha visto expuesto esta corriente doctrinaria, así afirma que cuando un acto administrativo ha sido cumplido a cabalidad, lo que se extinguen son sus efectos, más no propiamente el acto administrativo mismo que seguirá incólume en el futuro en tanto constituye una garantía de seguridad jurídica del administrado quien podrá invocarlo a fin de reafirmar los vínculos que creó y deslindarse de una eventual responsabilidad ulterior. En tal virtud, el acto administrativo independientemente de su cumplimiento, podrá seguir generando efectos jurídicos, lo cual choca con la idea de su extinción.

Otra forma de extinguir los actos administrativos, que tampoco tiene mucha aceptación dentro de la doctrina generalizada es la relativa a la eliminación de los actos no perfeccionados, es decir, cuando la misma administración, en una de las etapas de elaboración del acto administrativo anterior a la notificación, decide no aprobarlo y por tanto, suspender su proceso de elaboración. La crítica que se hace a esta teoría es por demás evidente: si no se llega a publicitar la decisión administrativa que produce efectos en los administrados (notificación o publicación), no podemos hablar de un acto administrativo propiamente dicho, en tanto no ha "nacido aún" y como consecuencia de ello, no es factible extinguir algo que nunca ha

¹⁴ Ob. Cit. Sayagués Laso, Enrique, p. 526

nacido, conclusión esta que nos presenta la incompatibilidad fáctica de esta posición doctrinaria.

Según se evidenció al inicio de esta tesis, el trabajo investigativo se centrará sobre la anulabilidad, nulidad e inexistencia de los actos administrativos, categorías de la revocación cuya naturaleza ha sido evidenciada y que en seguida paso a analizar en extenso.

Las irregularidades del acto administrativo

La teoría sobre las irregularidades de los actos administrativos, constituye uno de los capítulos más difíciles del derecho público. La falta de disposiciones legales expresas junto con la inaplicabilidad del derecho privado ha hecho que la elaboración de los principios en esta materia quede librada principalmente a la doctrina y la jurisprudencia. Por esta razón y por tratarse de temas que promueven grandes dudas, es explicable la gran cantidad de posiciones doctrinarias que existen sobre este tema.

La doctrina y jurisprudencia francesa han elaborado reglas específicas sobre las irregularidades del acto administrativo. Así distinguen los actos inexistentes, los nulos absolutamente y los afectados de nulidad relativa; sin embargo, como bien lo reconoce Sayagués Laso, estudiando las irregularidades de los actos jurídicos en el derecho privado y público, opina que pueden señalarse hasta nueve categorías distintas, según la importancia de aquellas y la distinta sanción que establece el derecho objetivo; este criterio, no es incompatible con la opinión predominante de la doctrina francesa, pues en parte lo que hace es subdividir las diferentes especies de nulidad según quienes pueden invocarla o los efectos que acarrea.

Por su parte, la doctrina italiana¹⁵ muy acorde con la latinoamericana, muestra acentuadas divergencias en la sistematización de las irregularidades de los actos

¹⁵ Zanobini, Ranelletti, Curso de Derecho Administrativo, Rava, Milán, 1942, p. 48

administrativos; en este sentido, la posición generalizada distingue: la nulidad y la anulabilidad; otras corrientes distinguen entre inexistencia, nulidad y anulabilidad y finalmente, unos pocos, hablan solo de la inexistencia y la nulidad.

Siguiendo al Autor citado¹⁶, a efectos de explicar el sentido y la naturaleza de las distintas clases de invalidez que tiene un acto administrativo, es primero menester establecer la línea divisoria entre el derecho administrativo y el derecho civil, que nos obligan a no adoptar los criterios y clasificaciones expuestos en este último y que de alguna forma se encuentra más desarrollado.

Así, en el Derecho Civil, los vicios que provocan las nulidades reguladas hacen referencia siempre a la existencia de contratos; en el Derecho Administrativo siempre hablamos de actos administrativos.

En el Derecho Civil, se da una igualdad entre los intervinientes del contrato, a través del cual consignan su voluntad; un acto administrativo, por esencia es una relación jerárquica, donde la Autoridad, en uso de sus atribuciones, de manera unilateral establece como serán los vínculos a establecer con el Administrado.

Por regla general, los contratos civiles tienen períodos cortos de duración, por su parte los actos administrativos son esencialmente indefinidos, pudiendo permanecer vigentes incluso más tiempo que la vida del administrado.

En derecho administrativo, hay textos legales en los que se fija la nulidad u otro tipo de sanción para los actos administrativos irregulares, pero lo corriente es que no todas las situaciones estén plenamente reguladas; frente a ese vacío, se ha admitido un principio legal en virtud del cual la falta de sanción expresa no excluye la invalidez del acto, lo cual es inaceptable en el Derecho Civil. Esta solución sumada al principio de legalidad nos llevaría a la conclusión de que cualquier acto administrativo en cuya elaboración se contradiga o prescinda de una norma jerárquicamente superior, aunque implique cuestiones superficiales o

¹⁶ Cfr. Sayagués Laso, Ob. Cit.

intranscendentes, llevaría inmediatamente a la invalidez del acto; situación que también es muy extrema y que derivaría en desaciertos de orden práctico; es por ello que toda la doctrina ha aceptado la existencia de vicios que no conllevan a ninguna sanción.

De lo expuesto hasta aquí nos permite ver que el tema propuesto no es de fácil dilucidación y que existirán criterios contrapuestos que tendrán un legítimo fundamento.

Con todos estos antecedentes podemos ya entrar al análisis del objeto central de este trabajo.

CAPITULO II

INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Antecedentes jurídicos de la teoría de la inexistencia del acto administrativo

Al decir de Rafael Bielsa¹⁷, los fundamentos conceptuales de la "denominada" teoría de la inexistencia del acto administrativo tienen su origen en el Derecho Civil, no es por tanto propia del Derecho Administrativo ni tampoco de Derecho Público.

Dentro de la teoría de las obligaciones y derivado del análisis de los contratos, podemos ver la clasificación de estos en reales, consensuales y solemnes, estos últimos, para su perfección requieren del cumplimiento de determinados exigencias formales establecidas por la propia ley; claro ejemplo de ellos es el contrato de compraventa de bienes inmuebles que impelen a la suscripción de un documento contractual que para surtir efectos jurídicos deberá ser elevado a la categorización de instrumento público por autoridades competentes. Se pregunta el profesor Bielsa, qué seguridad jurídica y qué efectos jurídicos produce un contrato verbal en donde el objeto es la compraventa de un inmueble; puede el comprador, argumentando este acuerdo de voluntades el exigir a terceros observen su derecho de exclusividad frente al inmueble adquirida; puede el vendedor requerir judicialmente a la "contraparte" a cumplir con la entrega del precio pactado; pueden las autoridades competentes conceder la tradición del inmueble sin la existencia del contrato formal. Es necesario que un juez declarar la nulidad de ese contrato? En definitiva: qué efectos produce ese acuerdo de voluntades? Todas las respuestas son negativas.

¹⁷ Rafael Bielsa "Derecho Administrativo", Tomo II, 6ta. Edición, Ed, Sociedad Anónima Editora e Impresora, Buenos Aires, Argentina, 1980, 306

El espíritu de este análisis es trasladado el Derecho Administrativo y aplicado a su objeto principal, el acto administrativo; lógicamente, por la diferencia existente entre estas dos ramas del Derecho, fue necesario replantearse los presupuestos legales que otorgan la validez a los actos administrativos así como también los efectos que producen con relación a los atañidos, sin embargo la esencia se mantiene: sea contrato o acto administrativo, si adolecen de este tipo de aberraciones, "nacerán muertos" y por ser tan evidente esta situación, no será necesario pronunciamiento judicial que así lo declare.

A fin de conceptualizar esta doctrina, en seguida expongo varios criterios que al respecto citan los autores investigados:

"Se habla de inexistencia del acto administrativo, cuando se ha transgredido gravemente el cumplimiento de las prescripciones legales en la emisión de la pretendida voluntad del Estado. La Ley, por principio, no le reconoce a ese acto validez, en relación a efectos jurídicos. Mal podría hablarse de presunción de legalidad de lo que no existe jurídicamente. Cuando hablamos de inexistencia del acto administrativo, nos referimos a una categoría que aparentemente es acto."¹⁸

Roberto Dromi, por su parte define a los actos administrativos que caen en esta clasificación de la siguiente forma:

"En consecuencia, aquellos actos que irrumpen la observancia constitucional serán pasibles de esta severísima sanción; serán absoluta e insalvablemente nulos. Vale decir que se tratará de actos que ostentan un

¹⁸ Gustavo Penagos, "El acto Administrativo", Tomo I, Sexta Edición, Ed. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1996, pp. 307-308

vicio manifiesto, no susceptibles de ser subsanados por confirmación alguna. Serán considerados como si nunca hubiesen existido."¹⁹

Observa el profesor Manuel María Diez²⁰

"El acto puede adolecer de irregularidades tan graves que las autoridades no necesitan constatar su inexistencia, pues el acto no produce los efectos buscados por el autor. Ninguna ratificación puede convalidar la decisión y si el acto es producto de una autoridad administrativa quien trata de ejecutarlo, se tipifica una vía de hecho".

El Consejo de Estado Francés²¹ al cotejar a esta figura con la nulidad y los vicios que la provocan, dice:

"Lo contrario pasa con el acto administrativo inexistente, el cual no tiene el privilegio de la presunción de legitimidad y, por consiguiente, no obliga a su cumplimiento. Mas que violación del derecho, esos actos implican la negación de todo derecho. Carecen de toda fuerza jurídica. Son simplemente inexistentes. Como ejemplo típico, se citan ordinariamente los proferidos con pretensiones que no tienen el carácter de corporaciones públicas"

La Sala Especializada de lo Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, dentro de su sentencia de 15 de septiembre de 1953, traída al tema por el profesor Penagos, sobre la inexistencia dice lo siguiente:

¹⁹ Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", 4ta. Edición, Ed. Ciudad de Argentina, Buenos Aires, Argentina, 1994, pp. 243

²⁰ Manuel María Diez, "El Acto Administrativo", Ed. Tea Tipográfica Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1956, pp. 304

²¹ Concejo de Estado, Anales, Tomo LXIII, Primera Parte, pp. 251

"Existen casos en los cuales haya apariencia pero no la realidad de un acto administrativo. Hay entonces un acto administrativo inexistente que algunos llaman acto administrativo viciado de nulidad radical e insanable. Este acto no produce efectos jurídicos con respecto a terceros, quienes pueden comportarse como si el acto no existiera y no se hace necesario un pronunciamiento para constatar la existencia. Se citan como ejemplos de actos inexistentes los realizados por quien no ha sido funcionario público o ha dejado de serlo. También sería inexistente el acto realizado por un funcionario que perteneciera a una rama de la administración distinta de la que debe intervenir, así el acto de la autoridad civil en materia de competencia.²²"

George Vedel, al respecto dice:

"Sin embargo, en ciertos casos, la irregularidad en tan grave o tan evidente que el acto no es atribuible, ni siquiera en virtud de un vínculo dudoso, a la acción constitucional de los órganos estatales. Se dice entonces que hay vías de hecho, expresión concebida para designar el acto objeto de análisis en un puro hecho que no puede ni siquiera de modo erróneo pretender juridicidad"²³.

El profesor Rafael Bielsa, al realizar el análisis sobre las reglas generales de la "invalidez de los actos administrativos" y por ende pronunciarse sobre la inexistencia como una "posible" categoría de ella, la equipara con la nulidad, así afirma que son actos nulos aquellos a los cuales la ley priva de toda eficacia jurídica; su vicio es insanable y se los reputa, por eso, desde el primer momento, inexistentes. Prosiguiendo con su análisis, afirma que las expresiones "inexistentes" y "nulo" tienen una distinción literal y no substancial, pues el acto es nulo o válido,

²² Gustavo Penagos, Ob. Cit,

²³ George Vedel, "Derecho Administrativo", Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, España, 1980, pp.82

no hay acto inexistente. La idea de acto inexistente, es fácil deducirlo, expresaría un concepto negativo, decir acto inexistente, equivale a decir "no hay acto"; decir acto nulo, es decir que hay un acto pero condenado por el derecho. Estima que el empleo de la expresión "acto inexistente", es jurídicamente impropia y constituye una verdadera antinomia, que viene a convertirse en una de las tantas expresiones convencionales que se crean con el propósito de diferenciar lo que es, de lo que no es y lejos de servir al fin que se proponen, introducen confusión en las ideas claras. En este sentido, se explica diciendo que con la expresión *acto*, hacemos referencia a algo existente, que se da dentro del mundo jurídico; si a este concepto lo vinculamos con la expresión *inexistente* lo que hacemos es contradecir su naturaleza, negar una afirmación. Según Bielsa, las cosas son o no son y es imposible tratar de cualquier forma el vincular estos dos conceptos en forma unidireccional dentro de la misma expresión.

Pese a todo ese ataque, el autor referido concluye afirmando que "hay una consideración de orden práctico en esa categoría de actos y ellas es que conviene, por evidente que sea la transgresión, que el tribunal administrativo debe conocer" el origen de las vías de hecho.²⁴

En definitiva, Rafael Bielsa reconoce la validez de la categoría de la inexistencia en este punto analizado, sin embargo es evidente su disconformidad con la denominación que la doctrina generalizadamente le ha otorgado.

Al respecto, comparto el criterio del profesor Bielsa respecto a lo erróneo de la denominación "actos inexistentes", sin embargo de ello considero exagerada la posición de negar la procedencia de esta categoría de invalidez solamente por la disonancia de su denominación. Negarle la categoría de problema jurídico y por ende desconocer la importancia y trascendencia que tiene en la actualidad es inaceptable.

²⁴ Cfr. Bielsa, pp. 135-139

Carlos Ariel Sánchez Torres²⁵, cita el criterio vertido por el Consejo de Estado Colombiano en la sentencia dictada el 6 de junio de 1978 respecto a la denominación de esta figura jurídica; en este sentido, el mencionado fallo, en su parte pertinente, dice:

"De manera que según la reiterada jurisprudencia de la corporación, la inexistencia se predica de los actos cuando no reúnen los requisitos esenciales que los constituyen, hasta el punto que la falta de cualquiera de ellos impide su perfeccionamientos y, por ende, que se los pueda considerar como existentes. La sala estima que esta doctrina, que ahora ratifica, debe tener no la contradictoria denominación de acto inexistente, sino de la inexistencia del Acto administrativo"²⁶

El sector doctrinario que niega la teoría de la Inexistencia por no tener utilidad en el Derecho Administrativo, pretenden clasificarla dentro de las vías de hecho; en este sentido, el autor referido, a fin de ilustrarnos esta posición cita a Bernardo Ortiz Amaya cuando dice: "solo cabe la noción de inexistencia del acto como un hecho que no alcanza a adquirir la fisonomía de acto y por eso mismo no es susceptible de control jurisdiccional de anulación, pues no tiene la virtualidad de crear situaciones abstractas o concretas. Cuando más, que puede ser factor causal de perjuicios que deban ser indemnizados."²⁷ En este punto es preciso identificar el error conceptual de quienes defienden esta corriente en tanto confunden a la inexistencia de los actos administrativos con la vía de hecho; en este sentido y con la finalidad de individualizarlos, paso a remarcar algunas de sus diferencias: en el acto inexistente hay una declaración unilateral de la Administración groseramente viciada, mientras que la vía de hecho consiste en una actividad material de ejecución, en ella se requiere de la participación de un funcionario dando lugar a la acción material de ésta la cual vicia el ordenamiento jurídico.²⁸ En otras palabras, vemos que la

²⁵ Sánchez Torres, Carlos Ariel, Teoría General del Acto Administrativo, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1995, pp. 273-279

²⁶ Idem p. 277

²⁷ Idem p 278

²⁸ Idem p. 279

diferencia esencial entre estas dos figuras jurídicas y que permiten su clasificación individual está en que en el acto inexistente se pretende emitir una declaración unilateral de carácter administrativo que afecte a los particulares, mientras que la vía de vía de hecho es la ejecución material de esta supuesta orden. En todo caso, más adelante se analizará con profundidad esta figura “jurídico-doctrinaria”.

Sánchez Torres, adicionalmente afirma que acogiendo la teoría de la inexistencia del acto, el administrado que eventualmente se puede ver afectado por esa actuación administrativa tiene el derecho a desobedecer o desconocer la supuesta orden y por otro lado, los agentes administrativos tienen el deber de no ejecutarlos. Si lo llegaren a ejecutar, cometen una vía de hecho con las responsabilidades administrativas, civiles y penales correspondientes.

Después de todos los criterios expuestos por brillantes tratadistas de Derecho Administrativo podemos ver al menos dos denominadores comunes que caracterizan a la inexistencia: una que hace referencia a un vicio grosero en relación a parámetros constitucionales y el segundo a la prescindencia de una declaratoria administrativa o judicial sobre dicho vicio. Son estos entonces las bases conceptuales sobre los que se asienta la doctrina analizada, que si bien en teoría parecen claros, en la práctica veremos que está llena de matices que nos impiden el delimitar con precisión dichas bases lo cual obviamente tendrá injerencia en la adopción de una adecuada normativa jurídica para su tratamiento, así como la más diversa índole de criterios jurisprudenciales.

Lógica de la categoría de la inexistencia de los actos administrativos

Independientemente de la acepción que utilicemos para referirnos al tema en estudio: sea actos administrativos inexistentes o inexistencia de los actos administrativos, vemos que la categorización de este tipo de invalidez es necesaria dentro del mundo jurídico. Lo que pretendo afirmar es que no solo los actos administrativos pueden ser nulos o anulables, sino que es innegable la posibilidad de que un administrado se

enfrente a actuaciones de la Administración Pública que, envueltas en el manto formal del procedimiento, no puedan ser considerados como verdaderos actos administrativos en tanto uno o más de sus elementos constitutivos no existen o tienen un vicio grosero en su creación.

Dicho de otra forma, cuando afirmamos la existencia de una cosa, necesariamente tenemos que visualizar a su antónimo, la inexistencia, así como cuando nos figuramos la claridad es porque asumiremos debe existir la oscuridad; son categorías antagónicas que lógicamente no pueden confluir en un mismo marco temporal pero que evidencian su relación en tanto, por ausencia de una, deberá presentarse la otra. Al caso concreto, si hablamos de la existencia de un acto administrativo, deberemos enfrentarnos a la negación de este concepto, que es la inexistencia del acto administrativo. Resulta entonces lógica esta categoría.

El profesor Gordillo al respecto observa:

"Que el acto administrativo nulo, el gravemente viciado, el absolutamente nulo, del que habla la jurisprudencia, vale algo; por de pronto, tiene plena vigencia y ejecutividad hasta tanto sea anulado; debe por tanto ser obedecido por los particulares y por los funcionarios, y su nulidad sólo puede ser declarada por los tribunales competentes (o por la administración, mediante la revocación por ilegitimidad) pero el particular no puede constatar la nulidad y desobedecer el acto.

Dado entonces que tengo el deber de obedecerlo mientras su nulidad no sea declarada, es evidente el interés y la importancia práctica de analizar y exponer los casos en que, aunque aparentemente esté en presencia de un acto administrativo, ello sea sólo en apariencia, y en verdad no haya tal acto: pues entonces no lo obedeceré en medida alguna la orden del disfrazado, pero sí obedeceré la del policía que actúa con incompetencia"²⁹

²⁹ Gordillo, Agustín, El Acto Administrativo, 2da. edición, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, pp. 361

Queda entonces acentuada la importancia del estudio de la "teoría de la inexistencia de los actos administrativos"

Característica de los vicios que importan la inexistencia de los actos administrativos

La gran mayoría de los Autores consultados, al referirse a las causas que producen la inexistencia de los actos administrativos, siempre hablan de vicios groseros al ordenamiento jurídico, de violaciones evidentes al derecho, de directas y evidentes contradicciones con la Constitución o las Leyes o incluso negación de las mismas; sin embargo no determinan con exactitud o precisión cuales son las violaciones legales que configuran esos vicios, dejando al parecer, esa calificación de "groseros" o "evidentes", al fuero interno del administrado y de la Administración.

Según se ha determinado, la sanción que establece nuestro ordenamiento jurídico a los actos administrativos, no depende de la forma como el vicio afecte al acto, sino de la repercusión que esa falencia provoca en el ordenamiento jurídico y sobre todo en los administrados; de tal forma, no es factible el afirmar que dependiendo a cual de los elementos del acto administrativo se afecte, se sancionará con tal o cual tipo de invalidez; es por ello que los vicios que dan paso a la inexistencia pueden estar presentes en cualquiera de los elementos del acto administrativo, ya sea en la competencia de la administración, en la voluntad, en el objeto o en la forma utilizada para su expedición; lo que importará es pues la "evidencia"³⁰ del vicio y su conexión con la antítesis de la norma vigente.

En este punto será importante entonces determinar con precisión el alcance del término "evidencia" en su acepción pertinente a fin de esclarecer un poco más los límites a los que nos sujeta la teoría de la "inexistencia de los actos administrativos". En este sentido, Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, al referirse a la acepción del término evidencia, nos dice:

³⁰ El término expresado no debe ser entendido bajo su significado de prueba, sino como sinónimo de los términos evidente, claro, patente, indudable, cierto, exacto.

"EVIDENCIA. Conocimiento indudable; certeza absoluta acerca de una cosa abstracta o concreta. || Prueba plena como resultado de una argumentación.

Para la Filosofía cartesiana, la evidencia constituye el criterio de certeza humano, expresado en la fórmula "*Cogito, ergo sum*". Aún sin la evidencia de los hechos, ocultos por quien resulta perjudicado, y a veces tergiversado adrede como último recurso defensivo, los jueces pueden pronunciarse sobre la admisión de los hechos cuando los indicios poseen bastante fuerza para determinar el convencimiento.

EVIDENCIA MORAL. Certidumbre plena de una cosa, convicción consciente; de modo tal que el sentir, juzgar o resolver en otra forma constituya temeridad o suscite escrúpulos. La "sana crítica", la "libertad de criterio o fórmulas análogas, que los textos legales suelen incluir para que los jueces aprecien en conciencia las pruebas, se basan en la evidencia moral de los juzgadores, salvo existir prueba tasada"³¹

De los conceptos expuestos, a efectos del presente trabajo, es necesario rescatar la idea de que estamos frente a algo evidente cuando tenemos plena certidumbre de ello y estamos totalmente conscientes de que desconocerlo o actuar de manera distinta, implicaría un acto doloso.

La certidumbre del vicio debe ser cabal, es decir, no debe existir ni sombra de duda respecto a la invalidez del aparente acto administrativo que sufre de este vicio evidente o grosero. Este es el requisito básico que da la prerrogativa a los administrados para desobedecer ese aparente acto y que conmina a las autoridades públicas a no ejecutarlo.

³¹ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Edit. Heliasta S.R.L., Edición 21ª. Buenos Aires, 1989, p. 609

Sin embargo de ello, se puede argumentar y con toda lógica, que dado el hecho de que le corresponde al administrado y a la Administración per se el calificar como grosero o evidente al vicio, la subjetividad que deberá envolver tal calificación atenta todo parámetro de seguridad jurídica en tanto constituye una verdadera salvedad a la prohibición jurídica de hacer justicia por mano propia. En otras palabras podemos decir que el hecho de que se deje al arbitrio del administrado el cumplir o desobedecer las órdenes de la Administración Pública, constituye un arma de doble filo, en tanto por un lado permitiríamos la cabal protección de los derechos del administrado, pero por otro lado fomentamos una verdadera rebeldía legal que justifica la desobediencia civil.

Ante esta fundada preocupación citaré el criterio de Hans Kelsen, que, por analogía, es perfectamente aplicable al caso que nos ocupa:

"En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida."

Agustín Gordillo considerando la ineficacia de los actos que sufren de los vicios que provocan la inexistencia nos dice que:

"No necesita ser obedecido por nadie, ni siquiera por el afectado o por la autoridad que lo emanó. Sin embargo el afectado soporta el riesgo de asumir erróneamente la nulidad; él no puede remitirse a su buena fe, pues en los casos de duda debe acudir al Tribunal Administrativo"³²

Sin perjuicio del análisis más profundo que sobre este mismo tema realizaré adelante, sobre el punto en cuestión, podemos concluir que la subjetividad será una

³² Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Ediciones Macci, Buenos Aires, 1979, pp. 24-25

herramienta imprescindible para calificar la "evidencia" y determinar la inexistencia del acto administrativo, pero que, no puede ser utilizada en todo su esplendor, en tanto, para que sea legítimamente aceptada, deberá sujetarse a los parámetros del sentido común³³ so pena de las responsabilidades civiles y penales que una sanción de desacato le puede traer.

Debemos decir en conclusión que la "evidencia del vicio", constituye la característica sine quo non que debe existir para que proceda la sanción de la inexistencia.

El profesor Dromi, considerando el principio jurídico aplicable al ámbito del derecho administrativo que dice que la falta de sanción expresa no excluye la invalidez del acto, procede a enumerar los vicios que impiden que un acto administrativo nazca al mundo del derecho, advirtiendo que no es una enumeración taxativa; en este sentido, nos dice que un "acto administrativo tiene un vicio muy grave cuando:

1. Resulta clara y terminantemente absurdo o imposible de hecho
2. Presenta una oscuridad o imprecisión esencial e insuperable, a pesar de una razonable esfuerzo de interpretación.
3. Transgrede una prohibición expresa de normas constitucionales, legales o sentencias judiciales.
4. Adolece de incompetencia en razón de la materia, por haberse ejercido atribuciones judiciales o legislativas, o de incompetencia en razón del territorio.
5. El órgano colegiado lo emite sin el quórum o la mayoría necesaria.
6. Carece de la firma del agente que lo emite.
7. Se omite la forma escrita cuando ésta es exigible.
8. Se omite absoluta y totalmente la notificación
9. Se notifica verbalmente, por edictos o medios perceptivos, correspondiendo otro medio de notificación.

³³ En este punto entenderemos al sentido común como las directrices, derivadas de la lógica, que nos enseñan y advierten sobre el criterio generalizado que personas con básicos conocimientos sobre el tema tendrán una vez que les sea planteado el cuestionamiento.

La consecuencia jurídica que corresponde a los vicios muy graves del acto, es la inexistencia."³⁴

Jean Waline, citado por Manuel María Diez³⁵, hace un recuento de las siguientes hipótesis de inexistencia de los actos administrativos:

"1.- Caso de una pretendida decisión administrativa tomada por un agente sin ningún poder de decisión;

2.- Supuesto en que la autoridad administrativa pretende juzgar en un proceso en lugar de un tribunal competente.

3.- Decisión tomada por un ministro en lugar de otro;

4.- Los de ilegalidad manifiesta"

De lo hasta aquí expuesto y según ya se advirtió en los puntos anteriores, los vicios que condenan la inexistencia de los actos administrativos pueden afectar indistintamente a cualquiera de sus elementos constitutivos; siendo tema fundamental el hecho de que las violaciones legales en las que incurre sean evidentes en el más amplio sentido de la palabra.

Esto en el plano teórico resulta hasta cierto punto fácil de comprender y aplicar, sin embargo, en la práctica nos encontramos con algunas normas cuya interpretación literal implicaría una negación tajante a la aplicabilidad de esta teoría dentro del espectro jurídico ecuatoriano; todo ello será oportunamente expuesto y las conclusiones evidenciadas y por tanto la hipótesis ratificada.

³⁴ Dromi Roberto, Ob. cit. p. 244

³⁵ Diez, Manuel María, Ob. cit. p. 305

Consecuencias de la inexistencia de los actos administrativos

Al acto administrativo inexistente o la existencia de un acto inoperante aparentemente administrativo, no se les puede aplicar las consecuencias jurídicas de los actos viciados de nulidad, sino que hay que tratarlos como un "no acto administrativo"³⁶; en tal virtud, cuando el particular se encuentra frente a estas actuaciones deberá considerar las siguientes consecuencias:

"1.- El acto administrativo, aunque contenga una decisión destinada a producir efectos jurídicos no produce esos efectos que por su contenido estaba destinado a producir, Esa inoperancia para producir los efectos que por su contenido debía aparentemente producir se advierte en que: a) los particulares no están obligados a obedecerlo; b) los agentes administrativos tienen el deber de no obedecerlo ni ejecutarlo y si lo hacen incurren en responsabilidad por "vías de hecho"; 2) la inexistencia del acto administrativo significa correlativamente que el acto de que se trate no tiene presunción de legitimidad ni ejecutividad, ni ejecutoriedad; 3) que la verificación de su falta de aptitud para producir esos efectos jurídicos pueden hacer tanto la administración como los jueces de cualquier fuero; 4) que los jueces pueden declarar de oficio su ineficiencia.

De lo expuesto se advierte que cuando el administrado se encuentre frente a un "acto administrativo aparente" , deberá actuar como si éste no existiera, es decir, considerándolo como un "no acto administrativo"³⁷.

Pero con la finalidad de entender mejor el fundamento de la facultad del administrado para no acatar estos actos inexistentes, debemos mencionar el principio jurídico que impele a los ciudadanos a cumplir un acto administrativo, mismo que

³⁶ Cfr. Gordillo Agustín Ob. Cit. XI 27

³⁷ Bid

obviamente no debe aplicarse al caso en estudio; hacemos pues referencia a la presunción de legalidad y ejecutoriedad de los actos administrativos, como la tesis que por confrontación evidencia la presencia de su antítesis.

La presunción de legalidad del acto administrativo

Enseña el profesor Roberto Dromi:

"Es la presunción de validez del acto administrativo mientras su posible nulidad no haya sido declarada por autoridad competente. La presunción de legitimidad importa, en sustancia, una presunción de regularidad del acto, también llamada presunción de "legalidad", de "validez", de "juridicidad" o pretensión de legitimidad. El vocablo "legitimidad" no debe entenderse como sinónimo de "perfección". Según algunos autores la presunción de legalidad comprende la legitimidad y el mérito.

Los actos administrativos, por serlo, tienen a su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la autoridad administrativa y, por consiguiente, toda invocación de nulidad contra ellos debe ser necesariamente alegada y probada en juicio; así sucede cuando se han desconocido o vulnerado principios de derecho público o garantías individuales.

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

"Que el acto en principio sea regular significa que básicamente es válido, pues reúne todos sus requisitos; puede contener algunos vicios, pero a pesar de ello, sigue siendo regular. Por lo tanto, descartamos, dentro de esa presunción, los actos que no son regulares. Es decir, los actos inexistentes".³⁸

De lo expuesto, podemos entender que la "presunción de legitimidad" nos expresa la idea de "suposición de conformidad al Derecho"; sin embargo nunca debemos considerarla como un sinónimo de regularidad jurídica; bien lo señala Marinhoff cuando considera a la presunción de legitimidad, como una simple suposición de que el acto fue emitido "conforme a derecho"³⁹. Manuel María Díez, en este mismo sentido dice que "la legitimidad del acto se funda entonces en una presunción simplemente indiciaria"⁴⁰.

El fundamento lógico de la presunción de legalidad de los actos administrativos se encuentra en las actuaciones de las Autoridades Públicas quienes tienen la obligación de actuar conforme lo dispuesto en la normativa jurídica; adicionalmente a ello, el derecho a un debido proceso, consagrado en el art. 24 de la Constitución hace expresa referencia a la sujeción a la ley que todos los procedimientos administrativos deben cumplir. En consecuencia, dentro de un ordenamiento jurídico fundamentado por el Estado de Derecho y en cuyo sistema se acepta el principio de la buena fe y el principio de legalidad, resulta lógica la existencia de esta presunción.

Reseñado lo anterior y con la finalidad de acoplar el presente tema a la tesis en estudio, debo manifestar, siguiendo a Agustín Gordillo, que la presunción de legitimidad no puede sustentarse en forma amplia, sino restringida. Basta pensar brevemente en la falta de cumplimiento de la regulación de procedimiento, en la dificultad práctica de tener acceso o vista de las actuaciones, en la arbitrariedad con que el trámite a menudo se desenvuelve, en la pobreza de los recursos existentes, en

³⁸ Dromi Roberto. Ob. Cit, P. 136-137

³⁹ Manienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 369

⁴⁰ Ob. cit. p 222

la falta de cumplimiento integral de las normas que estatuyen los requisitos mínimos a que debe ajustarse el acto administrativo, etc., para concluir que no están dadas las condiciones que la posición doctrinaria arriba señalada nos postula, para admitir a raja tabla la presunción de legitimidad del acto administrativo⁴¹.

Gordillo citando a Marienhoff y un fallo de la Corte Suprema de Argentina, nos dice:

"...configuró un acto administrativo que gozó de la presunción de legitimidad fundada en la razonable suposición de que respondía a normas municipales vigentes al tiempo de ser dictado, por las garantías objetivas y subjetivas que precedieron a su emanación. Sin embargo, cabe destacar que este fallo de modo alguno sustenta su solución al caso en esta afirmación teórica sino que pasa concretamente a analizar *in extenso* la otra cuestión que reputamos **fundamental: la carencia de vicio "patente", "manifiesto" o "aparente"** en el acto (considerandos 30./7, 10, 13/17). La solución de la Corte, en consecuencia, no hace reposar la presunción de legitimidad en las garantías objetivas y subjetivas que preceden a su emanación, sino en la ausencia de vicios graves y manifiestos; o, si se prefiere, no solamente en lo primero, sino principal y fundamentalmente en lo segundo, y además, reconoce la presunción de legitimidad exclusivamente para los actos regulares, y niega categóricamente para los actos irregulares, diríase mejor inexistentes"⁴²

En tal virtud, debemos concluir que la presunción de legitimidad solo puede concatenarse a un acto administrativo cuando éste no vulnere en modo manifiestamente evidente las prescripciones contenidas en la Constitución y las Leyes.

⁴¹ Cfr, Gordillo, Agustín, Ob cit, P. V 18

⁴² Ibídem

Es válida entonces nuestra tesis de que los actos administrativos o los que aparentan serlo no deben ser irrestrictamente cumplidos sino que merecen, al menos, un somero análisis de legitimidad⁴³, a efectos de evitar una violación a los derechos de los administrados y sobre todo al orden jurídico.

Considérese esto aún más, cuando en sociedades como la nuestra, donde la claridad normativa se ve a veces disminuida por prácticas legislativas "deportivas"⁴⁴ que provocan inseguridad jurídica y dan paso a arbitrariedades de las Autoridades Públicas, lo cual se agrava más cuando los actos administrativos que dicta, son habitualmente el producto de la sola voluntad de un individuo aislado que por ocupar o desempeñar una función pública adopta de por sí una determinada resolución que no siempre tiene total apego a la Ley.

Como bien lo reconoce Rafael Bielsa, siguiendo a Gordillo, reconocer igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento a cualquier acto de cualquier agente estatal que sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate alguno, sin fundamentación normativa ni fáctica, emita es consagrar el imperio de la arbitrariedad. El Día que se cumpla el procedimiento administrativo de manera integral, de modo que un acto administrativo únicamente se dicte después del cumplimiento de una serie de trámites formales, con debida audiencia, prueba del interesado, con dictamen jurídico previo, con fundamentos razonados de hecho y de derecho, entonces podrá, con

⁴³ En este punto hablo de legitimidad y no de legalidad, pues para que el vicio sea suficientemente evidente, no será necesario simplemente con que vulnere una norma jerárquicamente superior a él, que en ciertos casos puede ser hasta desconocida para el propio administrado afectado, sino que la violación debe darse al principio jurídico que fundamentó la promulgación de esa norma que ha sido afectada. Este, será de conocimiento y absoluto dominio del afectado y en tal virtud podrá ser evidenciada la violación existente. Se entenderá por tanto que la legitimidad está dada por los principios universales inspiradores del ordenamiento jurídico y la legalidad se entenderá como la instrumentación práctica de dichos principios a la realidad social.

⁴⁴ Pretendo hacer referencia a la falta de profesionalismo de los funcionarios públicos (pertenecan al ámbito del ejecutivo o del legislativo e incluso del judicial) que tienen competencia para emitir normas de carácter generalmente vinculante; evidenciadas fundamentalmente en la ausencia de técnicas legislativas al emitir las normas jurídicas y sobre todo en las sucesivas y reiteradas reformas antitécnicas que suelen introducirse a las leyes y otros cuerpos normativos que terminan por desvirtuar el espíritu mismo que inspiró y justificó su promulgación.

algún dejo de razonabilidad, recomenzarse la discusión de si al acto administrativo puede reconocérsele en tal circunstancia una presunción amplia de legitimidad. Y de todos modos ello no puede nunca amparar el acto manifiestamente viciado, por la inexcusable razón de que es imposible presumir que es cierto el acto que manifiestamente no lo es⁴⁵.

Es evidente entonces que a la inexistencia jurídica del acto administrativo no puede atribuírsele la presunción de legalidad, pues se trata de la nada jurídica, no produce efecto legal alguno; recordemos lo que nos enseña Agustín Gordillo: "Patrocinar la presunción de legalidad de actos gravemente viciados, cuando ostensiblemente infrinjan normas superiores, sería patrocinar la arbitrariedad."⁴⁶

Podemos decir entonces que la presunción que se predica de los actos administrativos es relativa, en tanto admite prueba en contrario; es pues un tipo de presunción *iuris tantum*; Roberto Dromi al respecto nos dice:

"La presunción de legitimidad no es un medio de prueba; atañe a la carga de la prueba y fija una regla de inversión de la carga probatoria. Ante los actos absolutamente nulos, no hace falta acreditar la ilegitimidad, porque ellos no tienen presunción de legitimidad."⁴⁷

Dentro de nuestro país, hacer referencia, desde un punto de vista teórico, al derecho de los administrados a desobedecer un pronunciamiento manifiestamente viciado de una autoridad administrativa, sin que medie una participación judicial o pronunciamiento propio de la administración en ese sentido, es una idea que causa cierta conmoción; siempre se alude al estado de anarquía que pudiese provocar el otorgar a los ciudadanos tales prerrogativas así como el justo temor a un retardo gratuito en la ejecución de las tareas encomendadas a la administración ejecutiva. Después de exponer la gravedad y sobre todo la irreparabilidad de los daños que

⁴⁵ Cfr. Bielsa Rafael, Ob. Cit., p. 374-375

⁴⁶ Gordillo Agustín, Ob. Cit, p V 25

⁴⁷ Dromi, roberto, Ob. cit, p. 138

puede provocar un acto con vicios de inexistencia, hasta cierto punto puede ser comprendido y si se quiere aceptado en un plano ideológico pero, no aplicado a un caso concreto por la generalidad de funcionarios y servidores públicos⁴⁸.

Sobre esta teoría, conforme a la investigación de campo realizado, especialmente mediante entrevistas realizadas a juristas, he determinado que el hecho de fondo más repudiado o rechazado es la prescindencia del pronunciamiento de los organismos de justicia, entendidos como entes especializados, objetivos e imparciales con criterio formado, como fundamento de los administrados para desacatar las órdenes de las Autoridades Públicas y la "excesiva" prerrogativa otorgada a los potenciales afectados para que con un ejercicio esencialmente subjetivo se autoconsideren revestidos del derecho a la desobediencia.

En mi criterio, el error de este razonamiento es considerar como regla general de comportamiento el abuso por parte de los administrados de esta herramienta jurídica para hacer valer sus derechos. La posibilidad de que ello ocurra, si bien no es imposible, si es improbable, sin embargo, las autoridades administrativas tendrán plenas prerrogativas de conminar al cumplimiento cuando su criterio difiera de el del administrado y éste se sentirá moralmente coercionado a actuar con absoluta conciencia y buena fe a fin de impedir cualquier acción que eventualmente pueda iniciar la Autoridad por desacato.

⁴⁸ Esta afirmación la hago en virtud de diez entrevistas realizadas a funcionarios del Departamento Jurídico de la Corporación Aduanera Ecuatoriana, de la Dirección General del Servicio de Rentas Internas, de la Dirección Regional del Servicio de Rentas Internas del Norte y de la Procuraduría General del Estado, en las que, sin excepción me han dicho que desconocen sobre el contenido y alcance de la doctrina de la inexistencia de los actos administrativos, sin embargo de lo cual están convencidos de que son los jueces pertinentes quienes tienen que pronunciarse en sentencia sobre la invalidez de un acto. Requeridos que fueron sobre el mandato contenido en el art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que establece que "en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo", así como de las consecuencias irreparables que puede traer la ejecución de un acto con vicios de inexistencia, todos han respondido que el acto administrativo se deberá cumplir sin perjuicio de los daños que provoque siendo el último recurso del perjudicado el ejercer las acciones establecidos en la ley para lograr una indemnización por los daños y perjuicios que eventualmente se le ocasione.

Sobre este punto, cito a Kelsen⁴⁹, quien en forma absolutamente concisa nos habla sobre la infundada preocupación de quienes niegan la funcionalidad de la Teoría de la inexistencia de los actos administrativos:

"En estos órdenes, el individuo puede, a lo sumo, estimarse autorizado por su cuenta y riesgo a considerar nula una norma. No podría, pues, escapar a una sanción si el órgano competente no participa de su manera de ver y tiene la norma por válida."

Agustín Gordillo considerando la ineficacia de los actos que sufren de los vicios que provocan la inexistencia nos dice que:

"No necesita ser obedecido por nadie, ni siquiera por el afectado o por la autoridad que lo emanó. Sin embargo el afectado soporta el riesgo de asumir erróneamente la nulidad; él no puede remitirse a su buena fe, pues en los casos de duda debe acudir al Tribunal Administrativo"⁵⁰

Hasta ahora hemos justificado la aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, en tanto se ha evidenciado sus bondades y la lógica de esta categoría; se han señalado también los límites que tienen los administrados para invocarla a un caso concreto, así como también los mecanismos que las Autoridades tienen para compeler a los administrados al cumplimiento de sus decisiones en caso de que hagan caso omiso de ellas o expresamente revelen su posición de desobediencia. Sin embargo de ello debemos hacer frente a una posición legalista que con algún fundamento niega la aplicación práctica de este tipo de "nulidad administrativa con fuente constitucional"⁵¹, y, que se basa en el hecho de que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su artículo 94, establece todas las causales de inexistencia y las encasilla como provocadoras de

⁴⁹ Ob. cit

⁵⁰ Ob. cit

⁵¹ Dromi, Roberto, Ob. cit. p. 243. Es la denominación que Roberto Dromi le ha dado a los "actos administrativos inexistentes" con la finalidad de superar la polémica de su denominación planteada por Rafael Bielsa.

nulidad de pleno derecho o absoluta; por lo que, hablar en el Ecuador de esta teoría no es más que realizar un ejercicio doctrinario sin aplicación práctica. Lógicamente, esta posición será inmediatamente rebatida y, por ende, mi tesis comprobada.

Aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos en el ordenamiento jurídico del Ecuador

Según quedó arriba referido, el Art. 94 y el 129 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva se refiere a las causales de nulidad de pleno derecho; en este sentido la referida normativa en forma textual nos dice:

" Art. 94.- VICIOS QUE IMPIDEN LA CONVALIDACION DEL ACTO.- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se considerarán nulos de pleno derecho:

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

Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer legítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentran debidamente motivados."⁵²

⁵² Decreto Ejecutivo No. 1634, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Suplemento del Registro Oficial No. 411 de 31 de Marzo de 1994.

Por su parte el artículo 129 del mismo cuerpo normativo, a la letra dice:

"Art. 129.- Nulidad de pleno derecho.

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

a. Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República;

b. Los dictados por órgano incompetente por razón de la materia, del tiempo o del territorio;

c. Los que tengan un contenido imposible;

d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;

e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;

f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; y,

g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal.

2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, los tratados internacionales, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales."

Completando el régimen jurídico de las nulidades, el art. 95 de este mismo cuerpo normativo dice:

"Art. 95.- VICIOS SUSCEPTIBLES DE CONVALIDACION.- 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 propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.

Si el vicio es de incompetencia por el grado, el acto viciado será convalidado por la autoridad jerárquica superior y si el vicio consistiere en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado mediante el otorgamiento de la misma por el órgano o autoridad competente."⁵³

Sea que el vicio pueda o no ser convalidado, a efectos de la revocación de los actos administrativos, siempre será necesario un pronunciamiento al respecto de parte del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o Tribunal Distrital de lo Fiscal, según corresponda. En otras palabras podemos decir que, si no existe un recurso de plena jurisdicción o subjetivo, uno objetivo o de anulación o una demanda de impugnación, el acto administrativo que posea los vicios legales descritos en las normas citadas, deberá ser cumplido por los administrados.

En este punto parecería tener lugar el criterio de la Corte Suprema de Justicia de Colombia vertido en la sentencia de 15 de Septiembre de 1943 que en su parte pertinente dice:

"Las apreciaciones del recurrente fundadas en que el Tribunal no estudió la petición de "Inexistencia", no se justifican. Sucedió que el sentenciador, siguiendo la jurisprudencia de esta Sala de Casación,

⁵³ Ibídem

estimó que "como demandar la declaración de inexistencia de un contrato es pedir la nulidad absoluta del mismo, porque la ley no establece causales de inexistencia sino de nulidad" le era preciso, por razón técnica procesal, estudiar los fundamentos de esa petición sobre el punto de vista de la nulidad también demandada, y así lo hizo en la sentencia.

Y no anduvo el Tribunal equivocado o distanciado de la doctrina en esta apreciación, porque efectivamente, si la doctrina considera en abstracto el fenómeno de la inexistencia, es únicamente desde el punto de vista de la nulidad, como ha tenido la ocasión de precisarlos esta Sala de Casación en fallos diferentes. Y es que efectivamente la expresión contrato inexistente es en sí misma contradictoria. Y lo es, porque el concepto enuncia la existencia de un ente o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa pero en todo caso existente, es decir, enuncia una determinada relación con el tributo propio de los entes. En cambio el calificativo de inexistente, es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo.

En rigor, prácticamente hablando, ese problema en si cabe o no pensar en inexistencia, es del todo inoficioso, puesto que, aún optando por la afirmativa, ello es que la ley no ofrece casilla especial para tal fenómeno no le establece tratamiento singular y precisamente, por lo mismo, los casos de esa índole van a dar a la nulidad absoluta, que sí es fenómeno reconocido y reglamentado por la ley. Por tanto, piénsese a aquellos respectos como se quiera, en lo judicial se les ha de colocar en el concepto de nulidad absoluta, lo que los deja en situación o calidad de cuestiones meramente metafísicas, sin trascendencia o sentido práctico, por interesantes que sean de suyo.

En consecuencia, si el tribunal dejó de estudiar la petición de inexistencia por no estimarla como figura jurídica de atributos propios, pero en cambio la entendió bajo el concepto de nulidad también invocada en la demanda, atemperó su proceder a las normas de la lógica, de la doctrina y de la ley. Se rechaza por tanto el cargo."⁵⁴

De lo expuesto y en el evento de que se prescindiese de un análisis más profundo, se entendería que, dado que nuestra legislación, así como la colombiana, no han regulado en forma expresa la figura de la inexistencia de los actos administrativos, esta, no es aplicable nuestro sistema jurídico, aún más cuando sus causales pueden ser alcanzados por las establecidas para la nulidad en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Ello sería tal vez aceptable si es que nuestra Constitución no proporcionare sendas facultades a los administrados sobre, lo que la doctrina ha dado por llamar, la excepción de ilegalidad.

En lo siguiente, se expondrán razones de fondo que permitirán al lector concluir en forma sólida y muy bien sustentada que tal aserto constituye una falacia y por ende que la hipótesis planteada en este trabajo será demostrada fehacientemente.

La excepción de inconstitucionalidad y la de ilegalidad

Tema de gran polémica es el relacionado con la excepción de ilegalidad de los actos administrativos que tiene sostenedores tan autorizados como el colombiano Libardo Rodríguez y detractores tan prestigiosos como Jaime Vidal Perdomo, autores de Derecho Administrativo a quienes seguiremos en lo tocante a este tema.

La esencia de estas figuras jurídicas consiste esencialmente en la facultad que tienen los administrados y la obligación de las autoridades administrativas ejecutoras de

⁵⁴ Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de Septiembre de 1943

aplicar la norma jerárquicamente superior en caso de existir conflicto entre ellas; desde un punto de vista más práctico podemos decir que en caso de colisión entre las ordenes emitidas por autoridades públicas y la ley o la Constitución, deberán primar éstas sobre aquellas y, para este efecto, no será necesario el pronunciamiento de una Autoridad Judicial competente sino simplemente la aplicación de un criterio objetivo, recto y aceptable por parte de los afectados quienes de por sí decidirán si proceden o no con el cumplimiento o ejecución de las órdenes ilegales o inconstitucionales que les ha impuesto. Desde este punto de vista, la única diferencia existente entre estas dos excepciones, es que la de ilegalidad, hace referencia al caso omiso que debe hacerse a los actos que violenten la ley en forma clara, es decir, basta con que contradiga directamente una disposición legal para que sus efectos se apliquen al caso concreto; por su parte, la excepción de inconstitucionalidad excluye de su esfera de acción a las violaciones legales que pueda provocar la orden dimanada por la autoridad y se concentra solamente en las contradicciones que pueda existir con las normas constitucionales, dejando, por tanto, excluido a todo el resto de normas jurídicas con jerarquía menor.

De lo expuesto, es clara la vinculación de la "excepción de inconstitucionalidad e ilegalidad" con la figura jurídica de la inexistencia de los actos administrativos, en tanto aquella vendría a constituirse en la fuente del derecho de los administrados y de la obligación de las autoridades para materializar la esencia del tópicó tratado en este punto.

Rodríguez, antes de iniciar con su exposición, refleja la conveniencia de esta figura jurídica al traer como ejemplo la eventualidad de que "un Alcalde municipal basado erróneamente en su calidad de máxima autoridad del municipio, decidiera implantar mediante decreto la pena de muerte para las personas que incurrieran en una infracción determinada. Si se aplicara rígidamente el principio de presunción de legalidad, el juez correspondiente tendría que aplicar ese acto mientras no fuere

suspendido o anulado, a pesar de su manifiesta contradicción con la norma constitucional que prohíbe la pena de muerte en Colombia."⁵⁵

Por su parte Vidal Perdomo, detractor de la aplicación de la "Excepción de Ilegalidad", afirma que existen varias razones de fondo que impelen a la razón común a repeler este criterio, en este sentido afirma que se deja al capricho de los particulares o de los mismos gobernantes la aplicación de las normas administrativas, lo cual no solamente es ofrecer un factor de confusión jurídica sino desarticular la tarea que corresponde cumplir a esa rama del poder público y despojarla del carácter jerárquico y operativo que posee; además porque al establecer los tribunales de lo contencioso administrativo encargados del control legal de la Administración, la Constitución y la Ley han querido confiar exclusivamente en ellos el pronunciamiento de la legitimidad jurídica de sus actos. Finalmente, señala, desde el punto de vista de las Autoridades Administrativas y en relación con los decretos del Presidente de la República, tal posibilidad colocaría al funcionario que hiciera el discernimiento, por encima de la suprema autoridad administrativa del país.⁵⁶

Son evidentemente posiciones que, pese a ser contrapuestas, tienen un gran fundamento y que bajo ninguna circunstancia pueden ser desechados sin estudiarlas a fondo. En mi criterio y como defensor de la aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, estoy de acuerdo con Libardo Rodríguez y considero que su ejemplo es suficientemente convincente como para aceptar la conveniencia de esta tesis; sin embargo y según se dijo al iniciar este trabajo, la división entre las violaciones que comprende y aquellos vicios que excluye su aplicación, no son del todo claros, existiendo matices que podrían confundir al administrado sobre el real alcance de su derecho a desobedecer las órdenes de las autoridades; de aquí deviene también el temor de sus detractores sobre el excesivo desorden e incluso anarquía que podría llevar a una sociedad que se cree le revisten facultades que le permiten desobedecer a quienes detentan el poder.

⁵⁵ Rodríguez, Libardo, Derecho Administrativo - General y Colombiano. Tercera Edición, Temis, Bogotá, 1985, p. 212

⁵⁶ Penagos, Gustavo, Ob. Cit. p. 412,413

Por ello estoy convencido de que la excepción de ilegalidad es un parámetro demasiado amplio para considerarlo como marco limitante de aplicación de la "inexistencia", así pues existen normas específicas que pueden llegar a ser de difícil comprensión dado el tema que pretenden regular, lo cual a su vez generará discordancia sobre los reales efectos o alcances que debe generar su interpretación y posterior aplicación al caso concreto, desembocando en varias posiciones que, dependiendo su criterio, obedecerán o desobedecerán las disposiciones de las autoridades dictadas al amparo de dicha ley. En este sentido, se podría romper con uno de los requisitos fundamentales y necesarios para la procedencia de la "inexistencia de los actos administrativos" y es la evidencia o claridad del vicio que trae consigo el acto, en el aspecto relacionado a su incompatibilidad con la norma superior. Sin embargo, se podrá decir y con mucho acierto, que el acto puede ser tan contradictorio a una ley, incluso una especializada, que evidenciaría sin mayor problema un vicio tan grave como el requerido y así como la necesidad de considerarlo inexistente y por tanto sin efecto jurídico alguno, mas, debemos tener cuidado con los matices existentes y en el caso como el referido, esa ilegalidad supina tendrá a no dudarlo repercusiones constitucionales, pero en las eventualidades de que el acto administrativo no evidencia tales violaciones a la carta magna, es mi criterio que el vicio no será lo suficientemente evidente como para considerar la inexistencia del acto.

En resumen, para que el administrado tenga la facultad de desobedecer un acto con vicios de inexistencia, éstos deberán ser tan evidentes y groseros que afecten a la Constitución; en su paso y dado el principio de armonía del ordenamiento jurídico, obviamente que quebrantarán otras normas con rangos inferiores a la Carta Magna, tales como las leyes o reglamentos, en tanto ellos no son más que escaños necesarios para concretar sus preceptos; pero este hecho, aisladamente considerado, no es causal suficiente para condenar a un acto a la inexistencia. Los vicios que constituyen presupuesto para la aplicación de la teoría de la inexistencia, a no dudarlo afectarán normas de rango legal que, a su vez, son fundamento suficiente para sustentar la excepción de ilegalidad, pero dada la necesidad de que también exista violación

constitucional, no es productivo considerar estas dos figuras jurídicas en forma aislada, en tanto considero que, para los efectos de la teoría en estudio, la excepción de inconstitucionalidad puede y debe contener también el análisis de las violaciones legales pero siempre en consideración a la conexión constitucional que deben tener.

En Colombia, el Código de Régimen Político y Municipal, en forma expresa recoge la excepción de ilegalidad, así su artículo 12 dice:

"Las órdenes y demás actos ejecutivos del gobierno expedidos en ejecución de la potestad reglamentaria, tienen fuerza obligatoria, y serán aplicados mientras no sean contrarios a la Constitución, las Leyes ni la doctrina legal más probable."

Sobre este punto, el Consejo de Estado de Colombia, se ha pronunciado de la siguiente manera:

"Es cierto que se ha creado la jurisdicción contenciosa para el control de la legalidad, pero así como la jurisdicción contenciosa puede declarar la nulidad con efectos erga omnes, también y a fortiori, puede excepcionar cuando el reglamento es ilegal por la vía particular. Recordemos como los romanos decían: "*Que temporalia sun ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum*". Y en romance se dice con razón quien puede lo más, puede lo menos". "Quien puede la acción puede la excepción"

Es evidente el carácter general de la ley sobre el que se asienta la excepción de ilegalidad, se trata pues de una norma que reproduce el principio jurídico de la jerarquía de las normas internas, acorde con los criterios de Hans Kelsen⁵⁷. Sin embargo de ello se ha visto como el Consejo de Estado de Colombia la considera suficiente herramienta de los administrados para hacer uso de la excepción de ilegalidad.

⁵⁷ Cfr. Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, Traducción de Charles Eisenmann, 2da. edición, Ed. Reine Rechtslehre, Paris, 1962

Tómese en consideración adicionalmente que la forma como se ha empleado esta herramienta jurídica dentro de Colombia, ha sido como una verdadera excepción, es decir, como un criterio de descargo de los administrados para justificar su conducta al dejar de cumplir con cierto acto u orden dimanada de autoridades administrativas y no como una posición para conminar a los jueces competentes a declarar su invalidez.

En lo que tiene que ver con nuestra legislación, el segundo inciso del artículo 272 de la Constitución Política del Ecuador consagra el principio jurídico de la jerarquía normativa, pero, a diferencia de lo sucedido en Colombia, el Constituyente en forma expresa restringe la capacidad para discernir la norma aplicable, únicamente a las cortes, tribunales, jueces y autoridades administrativas; en otras palabras, queda vedada esta posibilidad a los administrados, quienes en caso de este tipo de conflictos legales han de acudir a las instancias administrativas o judiciales competentes. En todo caso queda claro que en el Ecuador no podemos hablar de excepción de ilegalidad pues no podrá ser invocada como argumento de descargo, sino más bien de vicios de legalidad, entendido como argumentos en los que se puede fundamentar una acción que pretenda la invalidez del acto administrativo.

Otra situación es la que ocurre con la excepción de inconstitucionalidad, misma que se encuentra recogida por el primer inciso del artículo 272 de la Constitución Política del Ecuador, cuando en forma imperativa expresa:

"Art. 272.- La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones"⁵⁸

⁵⁸Registro Oficial No. 1 de 11 de agosto de 1998, Reformas y Codificación de la Constitución Política de la República del Ecuador, art. 272

En este mismo sentido se ha legislado en el artículo 2 de la Ley de Control Constitucional, la cual dice:

"Art. 2.- Carecen de valor las normas de menor jerarquía que se opongan a los preceptos constitucionales. Sin embargo, los derechos y garantías señalados en la Constitución no excluyen el que, mediante ley, tratados o convenios internacionales y las resoluciones del Tribunal Constitucional se perfeccionen los reconocidos o incluyan cuantos fueren necesarios para el pleno desenvolvimiento moral y material que deriva de la naturaleza de la persona."⁵⁹

El hecho de que el constituyente y el legislador, respectivamente, hayan establecido el principio de supralegalidad de la Constitución, otorgan a los administrados y en general a todos los habitantes de nuestro país a aplicar en forma directa los derechos y garantías que en ella se contienen, facultad que no solo se deriva de la normativa citada, sino que en forma expresa la propia Carta Magna establece en su artículo 18, el cual en su parte pertinente reza:

"Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicados por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

.....

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales."⁶⁰

No se necesitará entonces de declaratoria de nulidad o una resolución revocatoria por parte de autoridades administrativas o judiciales para que actos aparentemente administrativos que en forma directa lesionen los derechos y garantías establecidas en la Constitución o, incluso, aquellas que "de alguna forma estuvieren en

⁵⁹ Registro Oficial No. 99 de 2 de julio de 1997, Ley de Control Constitucional, artículo 2

⁶⁰ Constitución art. 18

contradicción con ella o alterares a sus prescripciones", sean inválidos, o, lo que es lo mismo, no tengan valor alguno.

En otras palabras podemos decir que si la Constitución expresamente ordena que los actos de poderes públicos, entre otros, no tendrán valor alguno si se contraponen con sus prescripciones y en otra parte faculta a las personas para aplicar directamente los derechos que se deriven de ella, es lógico concluir que la excepción de inconstitucionalidad es aplicable en el Ecuador y por ende la teoría de la inexistencia de los actos administrativos.

De lo expuesto hasta aquí, puede entenderse la lógica que encarna la teoría de la inexistencia de los actos administrativos, la necesidad de su aplicación y su instrumentación dentro del espectro jurídico ecuatoriano, sin embargo queda todavía una inquietud que nace del texto del citado artículo 94 del Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva y es que éste comprende todas las causales de inexistencia y las encasilla dentro de las que derivan la nulidad de pleno derecho. Con la finalidad de solventar este problema, en seguida paso a enumerar las diferencias entre nulidad e inexistencia a fin de comprender más empíricamente la naturaleza de una y de otra, pero especialmente las diferencias que las caracterizan.

Diferencias entre inexistencia y nulidad

Los diversos autores consultados dentro de esta tesis, sostienen varios rasgos específicos que caracterizan al acto viciado con inexistencia y a aquel susceptible de ser declarado nulo; en este sentido, el siguiente es un estudio ecléctico en el que pretendo recoger las principales diferencias que se dan entre estas dos figuras jurídicas:

- La inexistencia no tiene vida jurídica, se trata de un acto al cual no se le pueden atribuir efectos jurídicos y contra el cual, los afectados pueden desconocerlo y las autoridades encargadas de su ejecución tienen la obligación de no cumplirlo,

en otras palabras, tanto administrados como autoridades deben actuar como si nada hubiese ocurrido y tendrán suficientes argumentos de descargo en caso de existir imputaciones relacionadas con el desacato.

Al referirse a este tema, la Enciclopedia Jurídica Omeba tomando un extracto de la obra del Profesor Manuel María Díez dice lo siguiente

"La Administración puede realizar actos defectuosos; estos actos no pueden formar parte del ordenamiento jurídico, porque se les repele por el hecho de estar marcados por alguna irregularidad en su nacimiento; son actos inválidos desde su creación, son actos nulos. Estos actos administrativos inválidos han nacido dentro del orden jurídico y han producido efectos, porque han cumplido un mínimo de requisitos necesarios para tal evento. A diferencia de ello, los actos inexistentes no pertenecen ni pueden tener vigencia en la Administración Pública. Hay entonces, entre ambos actos, los inválidos y los inexistentes, una separación profunda: el inexistente nace sin vida, mientras que el inválido tiene vivencia jurídica y puede extinguirse o vivir pese a sus defectos. El acto inexistente no tiene razón para su existencia dentro del orden jurídico. No se apoya en normas legislativas ni constitucionales, mientras que el acto inválido tiene razón de ser en una de estas dos fuentes. El acto inexistente está fuera del orden jurídico."⁶¹

- Se puede decir en consecuencia, que una de las diferencias entre nulidad e inexistencia, es que cuando hablamos de la primera, hacemos referencia a un acto administrativo con defectos de fondo o de forma y que, por ellos, la Ley lo condena a la invalidez con efectos retroactivos. Por otro lado, cuando nos referimos a la inexistencia, hacemos relación a la nada jurídica, a lo que no existe y nunca existió, a aquello que en tanto no tiene naturaleza, ni fondo ni forma, no puede generar efectos ni disminuir o aumentar derechos. En este

⁶¹ Enciclopedia Jurídica Omeba, Actos Administrativos, Tomo I

sentido, cuando hablamos de nulidad, nos referimos a un acto administrativo viciado, pero un acto administrativo al fin, que mientras no sea declarado nulo por parte de autoridad competente, deberá seguir produciendo sus efectos y los administrados deberán acatarlo; en el acto inexistente sucede lo contrario.

- Si dentro del tema en estudio hacemos referencia a lo que Bielsa denomina un "no acto administrativo", a la nada jurídica, a lo que no existe o inexistente, es lógico deducir que no se requiere un pronunciamiento administrativo o judicial que declare la inexistencia, en tanto es tan connatural él que sin dicho vicio, presenciaríamos una variación sustancial de su naturaleza, en este sentido, hablamos de la diferencia existente entre un simple acto y un acto administrativo.

Independientemente del punto de vista doctrinario, considero que la prescindencia de la declaración de inexistencia por parte de las Autoridades competentes, es un factor de extrema importancia en la vida práctica de esta teoría; me explico: he dicho que la inexistencia de los actos administrativos como prerrogativa de los ciudadanos, constituye una verdadera herramienta jurídica que nos permite proteger nuestros derechos en forma efectiva ante la desbordante arbitrariedad y abuso de las autoridades o de quienes pretenden fungir como tales; en este sentido, si rechazamos esta valiosa característica y obligamos a la presencia de un pronunciamiento judicial que declare la inexistencia, tornamos en inútil el presente estudio en tanto eliminamos el rasgo fundamental que la diferencia de la nulidad y al mismo tiempo quitamos a los administrados este expedito medio de hacer valer sus derechos. De conformidad con el artículo 76 de la citada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mientras el Tribunal no emita sentencia y acepte por ende el recurso subjetivo u objetivo presentado, el acto administrativo que se impugne deberá ser ejecutado. Cuando hablamos de vicios de inexistencia, hacemos referencia a violaciones brutales a la legalidad que, dada su importancia, en muchos casos pueden afectar en forma irreparable los derechos de los

administrados⁶². En consecuencia, no resulta acorde con los principios generales de la justicia el ejecutar un acto a todas luces ilegítimo, ilegal y sobre todo , injusto solo por la prescindencia de una orden expresa de autoridad competente, lo cual vendría a constituirse en un verdadero sacrificio de la justicia por falta de requisitos formales. Por tanto, en la práctica resulta por demás fatuo el aplicar irrestrictamente la presunción de legalidad y por ende, considerar necesario un pronunciamiento de autoridad competente para dejar de ejecutar el acto violatorio.

- Jurídicamente hablando, también encontramos criterios que respaldan esta hipótesis, así, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador, establece en su artículo 3:

"Art. 3.- El Recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, y de anulación u objetivo.

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

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

Cuando hablamos del recurso de plena jurisdicción o subjetivo, hacemos referencia a una herramienta jurídica de los administrados a través de la cual solicitan la intervención del Tribunal Contencioso Administrativo a fin de que verifique la legalidad de un acto administrativo que niegue o desconozca un

⁶² Recuérdese en este punto el ejemplo propuesto por el Profesor Libardo Rodríguez, citado con la nota al pie de página No. 56

derecho subjetivo del recurrente y, una vez determinada la ilegalidad, revoque el acto administrativo denunciado y ordene la reparación de los daños ocasionados por efectos de su vigencia.

La principal limitación de este recurso consiste en la necesaria existencia de un acto administrativo⁶³ que vulnere los derechos subjetivos del recurrente. Este requisito de entrada cierra las puertas a la pretensión del accionante que busque la declaratoria de "inexistencia", en tanto el criterio en que se fundará el recurso es básicamente la ausencia, la falta, la carencia de un acto administrativo. Se evidencia entonces la incompatibilidad de este recurso para que una persona pueda acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo con una pretensión de esta naturaleza.

Con respecto al recurso de anulación u objetivo, la normatividad positiva solo hace referencia a la impugnación de un "acto" que vulnere la normatividad jurídica de naturaleza administrativa. A breves rasgos este sería el recurso idóneo para lograr la declaración de inexistencia del acto aparentemente administrativo -pero acto en definitiva- que vulnera en forma grosera el ordenamiento jurídico; sin embargo de ello, la naturaleza de este recurso es el control objetivo de la normatividad. En otras palabras, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo puede conocer de una acción en la que se evidencien vicios grosero a la legalidad de un acto aparentemente administrativo, pero el perjudicado no puede obtener de él ningún tipo de protección o resarcimiento directo, solamente lograr a través de sentencia su revocación o nulidad, según corresponda y, mientras tanto, deberá acatarlo según así lo dispone el citado artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En conclusión, si bien este recurso es válido para obtener una respuesta expresa por parte de autoridad competente sobre la ilegalidad del acto administrativo con vicios de inexistencia, no es el medio más

⁶³ Aquí la noción de acto administrativo debe ser entendida en su más amplia concepción, dado el contenido de la resolución de la Corte Suprema de Justicia de 24 de junio de 1991 y publicada en el Registro Oficial No. 772 de 24 de junio de 1991, en la que se hace referencia a la posibilidad de presentar recurso subjetivo o de plena jurisdicción contra un acto administrativo de carácter general, siempre que se busque la protección de un derecho subjetivo del recurrente que ha sido vulnerado.

idóneo de protección y defensa de los derechos subjetivos de los administrados contra las arbitrariedades de la Autoridad Pública.

Considerando que las posibilidades de los administrados para recurrir ante este Tribunal de Justicia deben estar enmarcados en uno de estos dos recursos y si ninguno de ellos es idóneo, debemos concluir que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no es competente para conocer ni resolver sobre acciones de inexistencia de los actos administrativos.

Similar situación acontece en el ámbito jurisdiccional tributario, en donde se exige también la presencia de un acto administrativo, cuya legalidad será discutida por las partes y el Tribunal Distrital de lo Fiscal, quien se pronunciará sobre su validez o invalidez. Debemos pues concluir que, tampoco es posible impugnar un "acto inexistente" ante los Tribunales especializados de lo Fiscal del Ecuador, por cuanto la Ley que regula su competencia, no hace referencia expresa ni tácita a esta posibilidad⁶⁴.

- Otra diferencia sustancial que podemos identificar entre la inexistencia y la nulidad, es que el primero de ellos puede ser evidenciado por la autoridad pública, cuando sus efectos se han producido o cuando existen serios y fundamentados indicios de que esos efectos pueden producirse en el mundo físico, en otras palabras, un acto inexistente será evidenciado cuando se produzcan lo que la doctrina ha denominado "vías de hecho"; figura jurídica ésta que será detalladamente estudiada más adelante.

Por su parte, cuando hablamos de un acto nulo, hacemos referencia a la existencia de un acto administrativo que puede ser identificado en tanto en cuanto cumpla con los requisitos básicos necesarios para su creación, sin que sea necesario que produzca o no efectos para poder individualizarlo o asegurar

⁶⁴ En este punto es conveniente recordar que cuando hacemos referencia a la competencia de las diferentes Cortes y Tribunales de justicia, debemos remitirnos al derecho público, cuyo principal axioma nos conmina a considerar prohibido todo aquello que no está expresamente permitido en la norma jurídica; si consideramos adicionalmente que la competencia sólo nace de la Ley, debemos necesariamente concluir que al no existir norma que nos permita recurrir de un "acto inexistente", tal posibilidad queda vedada para los interesados.

su existencia. En este sentido, quienes se vean afectados por tal pronunciamiento de autoridad pública podrán, aún antes de que produzca sus efectos o cumpla su objetivo, identificarlo e impugnarlo en sede administrativa o jurisdiccional, de considerarlo necesario.

En este punto, es necesario realizar una diferenciación entre los actos administrativos de esencia tributaria y por ende regidos por las diversas leyes fiscales del país y la generalidad de actos administrativos, regidos por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 150 del Código Tributario, mientras se encuentre pendiente de resolución un acto administrativo, la Autoridad Fiscal no puede ejecutar el crédito que él contiene, es decir, la acción del contribuyente de impugnar una resolución o requerimiento de pago que pueda servir de base para la emisión de un título de crédito, viene a provocar un verdadero efecto suspensivo de la facultad coactiva de la Administración Tributaria, impidiéndole el proseguir con lo resuelto en el acto administrativo que establece diferencias a favor del Fisco. Por otro lado, cuando hacemos referencia a actos administrativos no tributarios y que por regla general se encuentran sujetos a la competencia de los diferentes Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo del Ecuador, de conformidad con el artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, su impugnación, por regla general⁶⁵, no puede suspender su ejecución; es decir, que el momento en que un administrado impugna judicialmente un pronunciamiento de Autoridad Pública, éste deberá cumplirse sin ningún tipo de reparo u obstáculo y en caso de que el Tribunal falle en contra de la Administración Pública y por ende invalide el acto administrativo impugnado, se deberán realizar todas las diligencias necesarias para reparar los efectos que este produjo desde su vigencia hasta su revocación.

⁶⁵ De conformidad con el inciso segundo del artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pueden suspenderse los efectos de los actos administrativos a través de la interposición de un recurso subjetivo u objetivo, cuando se los propusieren contra resoluciones dictados por la Contraloría General de la Nación en el juzgamiento de cuentas, siempre que el rindente hubiere prestado caución para el desempeño del cargo. Cuando no la hubiere prestado o no la mantuviere vigente al momento de proponer la acción, se le exigirá garantía hasta la cantidad de cincuenta mil sucres, o en proporción a las cauciones que para cargos semejantes suele exigirse.

- Otra diferencia sustancial entre los actos administrativos considerados nulos y los inexistentes, deviene de la conjunción de algunos de los puntos arriba establecidos y ésta es que los actos nulos, pese a tener vicios, la Ley ordena que se los presuma válidos y legítimos, motivo por el cual la Administración puede exigir su cumplimiento aún por la fuerza, mientras no se lo invalide o declare nulo por parte de autoridad competente; por otro lado, los actos inexistentes, por su naturaleza y seriedad de los vicios que lo afectan no tienen esta presunción, lo que a su vez implica que las autoridades no pueden ni siquiera pedir su acatamiento ni los administrados tienen obligación jurídica alguna de proceder conforme lo establecido en el acto inexistente.

La ausencia de efectos jurídicos de los actos administrativos y su diferencia con la inexistencia

Dependiendo de la naturaleza de los actos administrativos, estos pueden tener efectos jurídicos constantes e indefinidos en el tiempo⁶⁶ que permanecerán latentes mientras no sea debidamente derogado o haya cumplido su tiempo de vigencia; o, pueden cumplir su objetivo en un solo acto, es decir, dejan de producir efectos con el cumplimiento de la condición o plazo que ellos mismos establecen⁶⁷. El hecho de que los actos administrativos cumplan sus efectos no quiere decir que dejen de existir o que de alguna forma pueda asimilárselos a la figura jurídica estudiada dentro de este capítulo, sin embargo de que su esencia sea muy similar.

Pretender lo contrario, es decir, que el acto administrativo deja de existir con el cumplimiento de su objetivo, puede acarrear situaciones graves, pues ello implicaría

⁶⁶ Por ejemplo aquellos de carácter general sin determinación de los sujetos afectados sino solo de presupuestos hipotéticos que en caso de cumplirse harán procedente el efecto establecido en el mismo acto administrativo (circulares administrativas, resoluciones generales, etc.)

⁶⁷ Dentro de esta categoría se enmarcan aquellos actos administrativos dictados con ocasión de un procedimiento particular y que regulan situaciones determinadas con efectos interpartes (acciones de personal, consultas tributarias, etc.).

la carencia de acción contra aquellos actos que han producido efectos nocivos contra los particulares o el interés general.

La posición doctrinaria sobre este punto está plenamente identificada dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en este sentido, el artículo 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece como regla general que en ningún caso se suspenderá la ejecución o el cumplimiento de un acto administrativo. Por tales razones debemos entender que sin importar si el acto ha cumplido o no su objetivo, este será impugnabile, lo que a su vez nos lleva a concluir que la posición doctrinaria asumida es aquella que considera que el acto administrativo subsiste aún después de haberse cumplido sus efectos y ello se verifica con la posibilidad de que los afectados pueden impugnarlo independientemente de que si ha producido o no los efectos jurídicos para los que fue emitido.

En el ámbito constitucional, esta situación se vuelve un tanto más obscura y enmarañada, específicamente en el procedimiento relacionado con la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas. Con la finalidad de tener más claro el panorama jurídico que lo regula es necesario hacer referencia a las normas constitucionales y legales que establecen los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad:

En este sentido, el artículo 278 de la Constitución Política del Ecuador dice:

“La declaratoria de inconstitucionalidad causará ejecutoria y será promulgada en el Registro Oficial. Entrará en vigencia desde su fecha de promulgación y dejará sin efecto la disposición o el acto declarado inconstitucional. La declaratoria no tendrá efecto retroactivo, ni respecto de ella habrá recurso alguno.

Si transcurridos treinta días desde la publicación de la resolución del Tribunal en el Registro Oficial, el funcionario o funcionarios responsables no la cumplieren, el Tribunal, de oficio o a petición de parte, los sancionará de conformidad con la ley.”

Del contenido de esa norma, en lo que al tema en estudio se refiere, podemos ver que la expresa prohibición de los efectos retroactivos de la declaratoria de inconstitucionalidad de los actos sancionados como contrarios a la Carta Magna por parte del Tribunal Constitucional, implica un direccionamiento del criterio de este alto órgano de Justicia, en el sentido de que no procedería dicho trámite en contra de normas ya derogadas en tanto la resolución que dicten carecería de efectos jurídicos y así se han pronunciado los Vocales del Tribunal Constitucional en trámites de inconstitucionalidad que implicaron el análisis de actos o normas que al momento de la resolución ya habían sido derogadas y para ello, se fundamentaron en el argumento de “falta de objeto”.

Esta posición genera un direccionamiento hacia la tendencia doctrinaria que tiene por inexistentes a aquellos actos que ya han cumplido sus efectos; sin embargo y como se dijo, la posición predominante es aquella que separa perfectamente los conceptos de inexistencia y ausencia de efectos.

Es mi criterio que el Tribunal Constitucional debe cambiar su posición respecto a la declaratoria de inconstitucionalidad de normas derogadas y sumarse a la del Consejo de Estado Colombiano en el sentido de pronunciarse sobre las violaciones constitucionales de las normas denunciadas independientemente de que hayan sido o no derogadas, pues ello implica una verdadera sanción moral a las Autoridades infractoras y sirve a los ciudadanos como antecedente para evitar comportamientos injurídicos de sus autoridades⁶⁸.

Adentrándonos más en el tema relacionado con los actos administrativos sin efectos jurídicos, debemos establecer cuales son las diversas causas que determinan esta pasividad; en este sentido consideramos primero la falta de uno o más requisitos necesarios para que el acto administrativo surta efectos en razón de condiciones establecidas por el mismo, como por ejemplo el establecimiento de un plazo o el cumplimiento de una condición; así, la pasividad del acto no deviene de vicios en su

⁶⁸ Cfr. Consejo de Estado de Colombia sentencia de junio 8 de 1973. Juicio electoral sobre nulidad de la Resolución No. 1 de agosto 23 de 1972 de la Cámara de Representantes.

formación, sino que deliberadamente se ha pospuesto su eficacia. Puede darse también la situación de que los presupuestos objetivos o subjetivos considerados en el acto para que surta efectos, se encuentran ausentes o son imposibles de ocurrir, verbigracia la sanción de destitución de una persona que nunca fue funcionario público; aquí es necesaria la existencia de un error sustancial en los presupuestos fácticos del acto administrativo.

Se advierte entonces que los actos administrativos que sufren falencias fácticas y que por ende no pueden producir efectos, NO pueden ser encasillados dentro de la clasificación de los actos inexistentes pues máxime sufrirían de vicios de nulidad que deben ser demandados a fin de lograr la revocación del acto.

Según bien lo dice Gustavo Penagos:

“La jurisprudencia del Consejo de Estado, y la doctrina del Derecho Administrativo en Colombia, se orientan a considerar que los actos administrativos inexistentes, no pueden ser demandados, pues faltaría el presupuesto básico de la acción que es la decisión de la administración. En estos casos habría que demandar una “vía de hecho”, y la correspondiente indemnización de perjuicios.

Es preciso no confundir el acto viciado de nulidad grave, del acto inexistente. El primero produce efectos jurídicos, y puede ser objeto de demanda ante la jurisdicción contencioso administrativo, para que se declare la nulidad y sea restablecido el derecho.

El acto inexistente, como no ha nacido a la vía jurídica, mal podría ser objeto de demanda. En esta caso, como se observó en el párrafo precedente habría lugar a una indemnización por perjuicios.”⁶⁹

⁶⁹ Ob. Cit. P, 328

Lo dicho por el autor citado nos revela que los actos administrativos aunque no tengan efectos jurídicos o ellos sean imposibles de generarse, pueden ser demandados ante la justicia para lograr su revocación, característica que difiere de la esencia misma de los actos inexistentes y que se concreta en la imposibilidad de impugnarlos.

La ausencia de efectos de un acto administrativo puede devenir de la intención propia de la autoridad de la que emanó o de situaciones fácticas no contempladas al dictarlo y que vedan sus efectos, pero todo ello, en el peor de los casos puede generar vicios de nulidad mas no de inexistencia. Dicho de otra manera, la imposibilidad de generar efectos o la ausencia de los mismos, per se, no es causal ni indicio de inexistencia.

Utilidad de la categoría de inexistencia jurídica.

Siguiendo a Gustavo Penagos, dentro de la presente tesis he afirmado que los actos inexistentes, dada su naturaleza, no pueden ser impugnados ante los órganos de justicia ordinaria. Que, como sostiene Rafael Bielsa, desde la denominación de “inexistentes” estamos haciendo referencia a la nada que ningún efecto produce; entonces es procedente preguntarnos qué utilidad tiene el estudiar esta figura jurídica, si no tiene efectos.

Sin embargo de ello existe un hecho cierto y es que ya sea por oscuridad de las normas, desconocimiento de las mismas o por un verdadero ímpetu abusivo de algunas autoridades, no es raro ver que se emitan pronunciamientos con vicios de inexistencia que afectan directamente derechos de los particulares; aquí, no es suficiente inobservar la orden ilegal de la Autoridad, sino que es necesario combatir sus efectos o lo que la doctrina ha denominado “vías de hecho”.

Con la finalidad de comprender exactamente el alcance y las características de las consecuencias de los actos inexistentes, es necesario determinar su naturaleza:

Vías de hecho

Nuestra legislación no regula expresamente las “vías de hecho”, por lo que debemos acudir a la legislación comparada a fin de entender su concepto y alcance; en este sentido Gustavo Penagos nos dice que la figura jurídica en estudio “es la negación de todo derecho, la ausencia de todo procedimiento. Es un error grosero y brutal...”

Por su parte, el Consejo de Estado de Colombia al respecto dice:

“La vía de hecho administrativa, que siempre la ha considerado la doctrina y la jurisprudencia como la **contraria a la vía de derecho, implica en algunas circunstancias la actuación material inesperada, irregular e innecesaria llevada a cabo por la administración contra los derechos o las libertades públicas –o sea, la arbitrariedad de la administración,** o cuando ésta obra en ejercicio de un derecho que realmente tiene, pero con ausencia del procedimiento legal aplicable distinto al señalado por la ley (sentencia 28 de octubre de 1976, sección 3ª, Expediente 1482)- ha de generar responsabilidad administrativa. Tan ello es así que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, que hace parte del Libro Segundo sobre la sentencia que alude a los atropellos y violaciones ejercidos bajo el pretexto del ejercicio de funciones públicas –vías de hecho-, determina que la “condenación al pago de perjuicios tiene como soporte fáctico las torturas...” Vale significar respecto a esto **último, como bien lo señala** el recurrente, que el llamado delito de torturas fue apenas, legalmente tipificado en el Código Penal (artículo 179) que entró a regir en 1981, es decir, con posterioridad al acaecimiento de los hechos, por lo cual ha de entenderse que no estuvo frente a la comisión de un delito, que por otro lado siempre es del agente, como fuente de reparación del daño. Aún cuando sobre este respecto es del caso precisar que el dolo o la culpa del funcionario en el ejercicio de la actividad administrativa o de la

prestación del servicio público puede ser fuente de responsabilidad estatal, si como dijera atrás, la falta personal es imposible de separar de la función pública **ejercida por el respectivo agente**”⁷⁰

García de Enterría y Fernández, nos dicen que:

“La vía de hecho es una construcción del derecho administrativo francés, en el que tradicionalmente se distinguen dos modalidades, según que la administración haya usado un poder del que legalmente carece (*manque de droit*) o lo haya hecho sin observar los procedimientos establecidos por la norma que la ha atribuido ese poder (*manque de procedure*).”⁷¹

Según estos mismos autores, el concepto de vía de hecho comprende todos los casos en que la Administración Pública pasa a la acción sin haber adoptado previamente la decisión que le sirva de fundamento jurídico y aquellos otros en los que el cumplimiento de una actividad materia de ejecución comete una irregularidad grosera en perjuicio del derecho de propiedad o de una libertad pública; en consecuencia, a la luz de este criterio las vías de hecho pueden clasificarse en dos grandes grupos, el primero que tiene como antecedente la inexistencia o irregularidad substancial del acto de cobertura y, segundo, una irregularidad o exceso en la propia actividad de ejecución en sí misma considerada.

El artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, al dar el concepto de acto administrativo, también establece el principio general de la existencia del acto previo; en tal virtud, este principio puede ser violentado al menos de la siguiente manera: con la falta absoluta de toda decisión o acto previo; así las Autoridades Públicas pasan directamente a la acción sin

⁷⁰ Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 16 de diciembre de 1987. Expediente No. R-012. Recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Nación –Ministerio de Defensa Nacional- contra sentencia de 27 de junio de 1985, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁷¹ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho Administrativo. Ed. Civitas, Madrid, 4ta. Edición, 1986, Tomo I, págs 686 y 687

interponer acto alguno, a esta forma de incumplimiento cabe asimilar a aquellas actuaciones que tienen como antecedente un acto que tiene vicios de inexistencia y que en tal virtud no cumple con los requisitos mínimos para gozar de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad que se predica con el carácter de general en los actos administrativos.

Se ven entonces la relación entre el acto inexistente y las vías de hecho y que puede resumirse en la asimilación del primero en una suerte de acto de cobertura del segundo.

Existe también vía de hecho cuando no se han observado las normas del debido proceso, expresamente reguladas por el artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador; pero las violaciones procesales deben ser absolutas, pues simples irregularidades no configuran las vías de hecho; en este sentido el Consejo de Estado de Colombia dice:

“Lo mismo debe ser dicho frente a la falta de procedimiento. Ella debe ser absoluta, no basta la simple irregularidad procedimental, que puede constituir una falla, pero no una vía de hecho, equivalente a la usurpación de poder, a la arbitrariedad, a la violencia, o, como algunos autores lo denominan a la “actuación cuasidelictual de la administración”. Como antítesis de la vía de hecho, aparece la operación administrativa como el ejercicio, por parte de la administración, de un derecho que ha sido reglamentado en su provecho, o, mejor, teniéndola como destinataria y con el empleo del procedimiento legítimamente señalado”

Vicios insalvables dentro de la tramitación del acto administrativo puede también generar vías de hecho en tanto tornarían al acto en inexistente, según ya quedó analizado.

Podemos decir entonces que las vías de hecho son la concreción fáctica de los actos administrativos inexistentes, que causan los verdaderos perjuicios a los administrados y en contra de los cuales éstos pueden ejercer las acciones legales pertinentes a fin de hacer respetar sus derechos. Es en este punto en donde se centra la real importancia de este estudio, pues entrar en discusiones sobre actos que son inexistentes y que no podemos impugnar ni revocar, sin darle una utilidad práctica, devendría en una discusión bizantina.

En resumen podemos decir que los actos inexistentes, per se, no pueden vulnerar los derechos de los administrados, sin embargo de ello, es muy posible que las Autoridades, ejecuten acciones, calificables de vías de hecho, fundamentados en el contenido de estos actos y por ende afectar a los particulares en forma ilegal.

La Constitución Política del Ecuador, en su artículo 95 regula la acción de amparo constitucional de la siguiente manera:

“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 hacer cesar, evitar 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 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 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 retrasar su ágil despacho.”

Según quedó expresado, las vías de hecho no se encuentran expresamente reguladas por nuestra normativa, motivo por el cual, tampoco existe una vía específica que nos permita impugnarla directamente ante los órganos jurisdiccionales ordinarios

competentes, sin embargo, del texto del citado artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador, específicamente su primer inciso, vemos que la acción de amparo puede ser interpuesta en contra de un acto u omisión de autoridad pública.⁷²

Las vías de hecho, al ser ejecuciones materiales de autoridades públicas, pueden perfectamente encajarse dentro de la clasificación de “actos”, por lo que esta garantía constitucional es una herramienta perfecta para combatir este tipo de abusos de las Administraciones.

Por otro lado, la acción de amparo es útil también para “evitar” la comisión de un acto ilegítimo que afecte derechos constitucionales; es decir, es una herramienta jurídica que ayuda a prevenir las consecuencias dañosas de los actos u omisiones ilegítimos de las Autoridades. Es en este punto en el análisis de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos toma real importancia, pues el acto de cobertura de las vías de hecho, puede ser un acto inexistente y su verificación por parte de los Jueces Constitucionales será la mejor prueba para evidenciar la inminencia del daño concretado en las vías de hecho.

Dicho de otra forma, una resolución dictada en un proceso de amparo constitucional, podrá tener como fundamento de la inminencia o certidumbre de la producción futura de los daños⁷³, al acto inexistente. Se evidencia entonces la relación entre estas dos figuras y la procedencia del estudio de las vías de hecho dentro de este capítulo.

⁷² En este punto vale hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, el cual otorga amplias facultades a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal para conocer sobre impugnaciones o demandas en contra de las actuaciones administrativas; sin embargo, si nos sujetamos a la exégesis de la norma, en ella solo se hace referencia, en lo que al tema en estudio se refiere, a hechos administrativos, los cuales se diferencian de la vía de hecho en tanto aquellos tienen un acto de cobertura o antecedente administrativo en el cual se fundan, mientras que los otros devienen en verdaderos hechos inconsultos de origen administrativo. Por ello es mi criterio que dentro del referido artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado no se encasilla como una de las competencias de los Tribunales Distritales el conocimiento y resolución de las vías de hecho.

⁷³ Si consideramos las vías de hecho como la negación de todo derecho (ya sea por prescindencia de acto de cobertura u omisión de procedimientos sustanciales) debemos considerar que su producción lleva implícita la producción de un daño que puede ser demandado y resarcido.

**La aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos frente
las regulaciones que sobre la nulidad de pleno derecho de los actos
administrativos se encuentra tipificada en nuestra legislación.**

Conforme ha quedado evidenciado, el desarrollo central de este trabajo consiste en demostrar que la teoría de la inexistencia de los actos administrativos es aplicable en la legislación ecuatoriana, sin embargo se ha evidenciado que dentro de nuestra normativa no existe en forma expresa el reconocimiento de este nivel de invalidez de los actos de los poderes públicos y más bien, la mayoría de sus causales estarían recogidas por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, como causales de nulidad de pleno derecho, lo que a su vez nos hace pensar que de acuerdo a ese Decreto Ejecutivo, la figura en estudio no sería aplicable al estar abarcado su tratamiento por la normativa relacionada con la nulidad.

A fin de sortear este obstáculo, es necesario en primer lugar considerar lo dispuesto en el artículo 97 numeral 1 de la Constitución Política del Ecuador, el cual textualmente dice:

“Art. 97.- Todos los ciudadanos tendrán los siguientes deberes y responsabilidades, sin perjuicio de otros previstos en esta constitución y la ley: **1.-** Acatar y cumplir la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente.”

Tome en cuenta el lector, que sobre en lo tocante a nuestro tema, la Constitución en la norma citada compele al administrado a cumplir “las decisiones legítimas de autoridad competente”. Si consideramos que la inexistencia de los actos administrativos trae consigo inmersa la ausencia de la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de las actuaciones que se encasillen dentro de esta sanción, resulta coherente que el administrado en uso de la excepción de inconstitucionalidad y fundado además en la norma citada, ejerza su derecho a desobedecer ordenes ilegítimas de autoridades públicas.

Por otro lado, tómesese en cuenta también la procedencia del principio jurídico relacionado con la aceptación de que no todas las causales de invalidez de los actos administrativos deben encontrarse expresamente tipificados en la norma, lo cual evita interpretaciones en el sentido de que las causales de invalidez son taxativas; en forma paralela téngase en cuenta que los daños que pueden ser producidos por actos de cobertura viciados con causales de inexistencia, tendrán una envergadura tan grande que en muchos de los casos devendrán en irreparables, así, cuando esa inminencia del daño tiene relación con derechos constitucionales, no solo el sentido común sino también la Constitución hace imperativa la necesidad de una protección inmediata que evite tales daños, a través de acciones que bien pueden ser tomadas por un juez, como por los particulares.

Finalmente y como corolario de este punto, tome en cuenta el lector que el origen de la inexistencia de los actos administrativos y del derecho del administrado a desobedecer ordenes ilegítimas de las autoridades públicas –bajo los parámetros ya analizados-, tiene vertiente constitucional, por lo que mal puede pretenderse que una norma de inferior jerarquía como es el decreto ejecutivo que contiene el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, pueda limitarlo, máxime cuando el propio artículo 18 de la Carta Magna así lo prohíbe, según ya se ha analizado con anterioridad.

En definitiva, la aceptación de la inexistencia de los actos administrativos no solo que es procedente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sino que es necesaria a efectos de evitar la producción de daños irreparables a los derechos garantizados por la Constitución.

CAPITULO III

LA NULIDAD

Ideas generales

Según quedó referido al inicio de este trabajo, existen distintas y muy variadas posiciones sobre la estructura de la doctrina de la invalidez de los actos administrativos, así, al decir de Enrique Sayagués Laso la opinión predominante pero no unánime sistematiza las irregularidades de los actos administrativos en dos clases de invalidez: la nulidad y la anulabilidad; otros autores sostienen una triple distinción: inexistencia, nulidad y anulabilidad; otros afirman la prevalencia solamente de la inexistencia y la nulidad y finalmente existe un consenso en que no toda irregularidad produce la invalidez del acto, lo cual implica agregar la categoría de los actos irregulares pero válidos⁷⁴; Sobre este punto he dejado establecida ya cual es mi posición.

Otro tema de igual complejidad es determinar si las reglas sobre la nulidad que establece el derecho privado son aplicables para los actos administrativos, pues en caso de ser afirmativo bastaría con aplicar aquellas y se resolverían fácilmente todas las cuestiones; la respuesta generalizada sobre este tema es siempre negativa; pues, se dice que las figuras estudiadas se adecúan a situaciones muy diferentes que las nacidas en el seno del Derecho Civil y ni siquiera aplicándolos en forma análoga obtendríamos resultados satisfactorios.

Siguiendo en este punto a Sayagués, podemos advertir las diferencias sustanciales entre el campo de acción de la doctrina de la nulidad tanto civil como administrativa; en este sentido:

⁷⁴ Sayagués Laso, Enrique; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. Martín Bianchi Altuna Maldonado, Montevideo, 1986, pp. 500

1. El Derecho Civil hace referencia a contratos y obligaciones en los que prevalece un acuerdo de voluntades entre sujetos que comparecen en relación de coordinación y no de subordinación como en el Derecho Público, en donde se encarnan irregularidades en declaraciones unilaterales de voluntad.
2. En el Derecho Privado se hace referencia a situaciones en los que el interés particular de los contratantes es el que predominantemente se encuentra en juego, mientras que en el Derecho Público, es el interés de la generalidad de ciudadanos o administrados el que prima.
3. Los contratos realizados entre particulares siempre se puede identificar a los beneficiarios y su tiempo de duración es determinado; en el derecho público, dependiendo de la generalidad del acto administrativo, puede llegar a ser imposible el determinar con exactitud a quienes se beneficiará y los plazos de duración son generalmente indeterminados.⁷⁵
4. Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández⁷⁶, siguiendo esta misma posición, afirman que en la nulidad y anulabilidad, la regla general delimitadora partía del principio establecido en el artículo 4 del Código Napoleónico, en virtud del cual son nulos todos los actos contrarios a la Ley⁷⁷; en el Derecho Privado, el legislador a raíz de este principio designaba expresamente sanciones más débiles a los supuestos de invalidez, atendidas las circunstancias de los mismos. En el Derecho Público, por el contrario, las exigencias del actuar de la Administración orientado, por principio, hacia la consecución de un resultado conforme al interés público, impone la regla opuesta, esto es, la presunción de validez de las actuaciones administrativas, a

⁷⁵ Cfr. Sayagués Laso, Enrique; Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, Ed. Martín Bianchi Altuna Maldonado, Montevideo, 1986, pp. 501

⁷⁶ Ob. Cit. Pp. 586, 587

⁷⁷ Dada la naturaleza de nuestro sistema jurídico y las raíces del Código Civil Ecuatoriano, encontramos ese principio contenido en el artículo 9 del Código Civil, el mismo que reza de la siguiente manera: “Los actos que prohíbe la ley son nulos y sin ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”

partir de la cual el legislador, mediante un proceso depurador semejante, pero de signo contrario, acota una serie de supuestos de gravedad máxima a los que no alcanza la cobertura del interés público y a los que en consecuencia, aplica la sanción de nulidad absoluta que, de este modo, queda convertida en algo excepcional.⁷⁸ En otras palabras, los Autores referidos niegan la procedencia de aplicar los principios del Derecho Civil a la doctrina de Invalidez de los Actos administrativos, fundamentados en que en Derecho Público, los criterios legislativos de regulación tienden a la sanción más dura y por ende esta es la más minuciosamente regulada, mientras que en el derecho privado, la regla general constituye la sanción más grave y la tendencia legislativa es a definir situaciones atenuantes.

En mi criterio, es demasiado extremo pretender que los principios del Derecho Privado relacionado con la invalidez de los actos, son totalmente extraños a los que el Derecho Administrativo utiliza para regular las figuras de la inexistencia, nulidad y anulabilidad; considérese pues que tanto la una como la otra corriente tuvieron un mismo origen y es el relacionado con la protección del bien común, punto este que al decir de los autores arriba citados sería de exclusiva observancia del Derecho Público. Mi posición es que la vertiente del Derecho Privado también está enfocada a proteger este axioma, lo cual se evidencia en lo que nos decían Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández con respecto al punto de partida de la doctrina privatista, en donde la violación a la norma es el punto de partida de la legislación que regula las “nulidades” con tendencias siempre atenuantes. En tal virtud, si el estudio de esas figuras jurídicas nace de la concordancia con la norma y esta a su vez es la herramienta del legislador para propender al bien común, necesariamente deberemos concluir que las actuaciones privadas siempre estarán dentro de los cauces del bien común siendo la nulidad o anulabilidad la sanción establecida para aquellos que pretendan desbordar estos límites. Un ejemplo de lo expuesto es el hecho de que en el derecho civil cualquier persona puede demandar la nulidad de un acto o contrato y esta legitimación nace de una Ley que pretende proteger el bien

⁷⁸ Ob. Cit. Pp. 588

común, que siempre se verá afectado con la fractura o inobservancia de sus instrumentos: las normas.

Por lo tanto, si las dos vertientes tienen un mismo origen, es lógico aceptar que los criterios que ellos manejan, si bien pueden ser distintos, nunca pueden ser excluyentes.

Una prueba más de que es correcto aceptar los principios iusprivatistas, pero con beneficio de inventario, para tratar sobre aspectos relacionados con la teoría de la invalidez de los actos administrativos podemos verlo en la aplicación misma de ellos, es así que existe un principio que se adecúa a las dos ramas del derecho y es el que reza de la siguiente manera: “*quo ab initium vitiosum est tractu tempore convalesceré non potest*” (los vicios de nulidad no se convalidan con el tiempo ni con la voluntad).

Diferencias entre las nulidades civiles y las administrativas

Sin embargo de lo expuesto, es claro que la regulación de la nulidad civil tiene más diferencias que similitudes con las del derecho administrativo, por lo que unificar los principios jurídicos que las fundamentan, sería un lesa error; es necesario pues, adoptar con beneficio de inventario a cada uno de ellos, a fin de determinar si proceden o no para analizar el objeto de estudio de la presente tesis.

Descendiendo a un campo más práctico y a fin de tener un panorama más claro sobre las diferencias en el tratamiento de las nulidades civiles y las administrativas, paso a enumerar cada una de ellas, siguiendo a Roberto Dormí⁷⁹, quien en mi criterio es el tratadista que en forma más clara y precisa trata sobre este tema:

1. “En consideración a los elementos del acto, las nulidades civiles se conciben como una sanción por la ausencia o alteración de un elemento constitutivo del acto; en cambio en las nulidades administrativas no dependen

⁷⁹ Cfr. Ob. Cit. Pp. 246-248

exclusivamente del elemento viciado sino de la importancia de la infracción en el orden jurídico, es decir, de la significación y gravedad del vicio. La mayor o menor gravedad del vicio determina el grado de nulidad que corresponde al acto. En caso de duda acerca de la importancia y calificación del vicio que afecta al acto administrativo, hay que atenerse a la consecuencia más favorable.”

Lo expuesto por el Autor, nace de la aplicación del principio referido arriba y traído a la palestra académica por Eduardo García Enterría y Tomás Ramón Fernández que marcaría la principal diferencia entre la corriente civilista y la administrativa, que nos dice que en el derecho civil la nulidad es la regla general y su atenuación es de labor legislativa, mientras que en el derecho administrativo, la labor legislativa está encaminada a la especificación de las causales de nulidad, convirtiéndolas en la excepción de la regla.

2. “En el derecho civil, la nulidad siempre es declarada por un órgano judicial; en tanto que las nulidades administrativas pueden serlo por un órgano judicial o administrativo.”
3. Los vicios del acto jurídico privado en su mayor parte están expresamente contemplados en el Código Civil (y varios otros en diversos cuerpos legales). En derecho administrativo habitualmente no se enuncian de modo exhaustivo. La enunciación de los vicios del acto administrativo no es taxativa, pudiendo la autoridad competente declarar la existencia de otros vicios de conformidad con el principio sentado.

En derecho administrativo de ningún modo rige, a consecuencia de lo anterior, el principio *pas de nullité sans texte*⁸⁰ cualquiera que sea su grado de vigencia en derecho privado. En suma, en principio las nulidades del derecho civil integran un sistema estático (rígido) y las del derecho administrativo un sistema dinámico (flexible), La regla en derecho civil, por cuyo mérito no se

⁸⁰ El principio transcrito nos dice que “no hay nulidad sin ley que la establezca”

concibe una nulidad sin texto que la prescriba, no rige en el derecho administrativo, donde se admite la existencia de nulidades implícitas o virtuales”

Lo expuesto en este punto parecería contradictorio con lo expresado en el primer numeral de este apartado, pues si entendemos que en el derecho civil la regla general en la teoría de la invalidez es que todo acto viciado es nulo (nulidad absoluta) y por excepción es anulable (nulo relativamente), la regla de las nulidades presuntas o implícitas parecería propio de esta rama del derecho y ajena a la administrativa, donde según se ha dicho, las causales de nulidad absoluta son trabajadas por el legislador como hechos específicos, dada la trascendencia de la sanción. Todo este tema será debidamente profundizado en el apartado correspondiente de este trabajo; en este punto, sirva solamente para evidenciar una nueva diferencia entre las causas de nulidad en el derecho civil y el administrativo.

4. Mientras que en el derecho privado no se puede alegar la propia torpeza, salvo algunas excepciones devenidas del error insuperable, en el derecho administrativo la Administración puede alegar su equívoco en la legitimidad u oportunidad del acto por vía de revocación administrativa o lesividad judicial.

En el derecho civil prima la doctrina de los actos propios en virtud de la cual nadie se puede aprovechar de su propio dolo; esta a su vez nace del principio de buena fe en la realización de los actos que veda cualquier tipo de legitimidad a actuaciones dolosas subrepticias que de alguna forma beneficien a su autor en perjuicio de cualquier otra persona que intervino en el contrato e incluso terceros de buena fe cuando se trata de actos jurídicos.

Esta teoría no se aplica en el derecho público, pues es inútil dada la naturaleza de los actos que regula esta esfera jurídica; me explico: las actuaciones de los poderes estatales y demás instituciones públicas se ven

constreñidas al principio de legalidad, en virtud del cual las Autoridades Administrativas solamente pueden hacer aquello que expresamente está en la Ley, la cual a su vez implica la realización del bien común; baste entonces que la Autoridad se separe de lo expresamente prescrito en la normativa para que sus actos vean afectada su legitimidad y validez. En consecuencia, quienes se ven regulados por el derecho administrativo no pueden realizar actos dolosos, pues no existe una norma dolosa y sin esta posibilidad, la doctrina de los actos propios ve extinto su fin y fundamento, cual es evitar el beneficio ilegítimo derivado del dolo.

5. “Mientras las nulidades civiles tienden fundamentalmente a cuestionar la voluntad de las partes, las nulidades administrativas tratan principalmente de reafirmar la vigencia objetiva del derecho y de salvaguardar el interés colectivo en atención a la finalidad que persigue la actividad estatal.”
6. La nulidad, según la concepción clásica del derecho, es una sanción legal que priva de sus efectos a un acto jurídico en virtud de una causa existente en el momento de la celebración. La nulidad administrativa, a diferencia de la civil, puede operar tanto por ilegitimidad originaria (vicios existentes desde el nacimiento del acto) o sobreviviente (cuando un acto que nació válido se torna inválido por un cambio en el ordenamiento jurídico).

NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En principio, un acto es inválido cuando está viciado alguno de sus elementos; según la importancia y trascendencia del vicio de que se trate, la invalidez podrá alcanzar el grado de inexistencia, nulidad o anulabilidad.

En materia administrativa y vista la tendencia doctrinaria arriba referida, la nulidad es la sanción legal más grave establecida para los actos emanados de la administración, razón por la cual sus causas se encuentran enunciadas en los cuerpos normativos internos.

La generalidad de autores, al analizar a la figura jurídica estudiada en este capítulo, se hacen referencia a la denominación de “nulidad” sin mayores consideraciones, sin embargo tratadistas de la envergadura de García de Enterría y Ramón Fernández, consideran indistintamente la expresión nulidad absoluta y nulidad de pleno derecho, denominación esta que ha sido adoptada por el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva en sus artículos 94 y 129; mientras que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo en su artículo 59 y el Código Tributario en su artículo 139, hablan simplemente de causas de nulidad; con lo que podemos ver que dentro de nuestra legislación se equiparan las dos denominaciones.

En mi criterio, la expresión “nulidad de pleno derecho” no es adoptada por nuestra legislación y por la doctrina gratuitamente, pues de ella se pueden inferir una serie de aspectos propios de esta figura jurídica; en este sentido, vemos que la nulidad o nulidad de pleno derecho implica una sanción per se en contra del acto administrativo dictado con un vicio que provoca esta sanción y que no puede ser convalidado por ninguna vía, sin embargo esta característica nos lleva a cuestionarnos sobre la necesidad de una declaratoria judicial en este sentido, pues bastaría con que el acto administrativo en cuestión tenga defectos tipificados por la normas como causantes de nulidad de pleno derecho para que este no pueda tener validez jurídica.

Al respecto García de Enterría y Ramón Fernández nos dicen que en virtud de la presunción de legitimidad de los actos administrativos, aquellos que adolezcan de vicios que provocan su nulidad “puede pedirse una declaración de nulidad en el supuesto de que sea necesario para destruir la apariencia creada o para desvanecer la eventual resistencia de un tercero”⁸¹.

Tómese muy en consideración que los Autores citados hacen referencia a la declaratoria judicial, como una eventual herramienta para invalidar los efectos del acto administrativos con vicios de nulidad, lo cual nos evidencia una tendencia a

⁸¹ Ob. Cit. Sayagués Laso, Enrique p. 587

atenuar los efectos del principio de legitimidad en tanto éste tipo de actos administrativos podrían ser desacatados por los sujetos afectados y en caso de que ello no fuera suficiente para cesar sus efectos quedaría la declaratoria judicial.

En otras palabras podemos decir que la petición de declaratoria de nulidad absoluta por parte de las autoridades administrativas o la impugnación judicial del acto administrativo por vicios de nulidad NO apunta a discutir su legalidad o ilegalidad, sino exclusivamente a prevenir o remediar los posibles efectos jurídicos que acarree; situación muy diversa a la que se presenta cuando hablamos de actos administrativos anulables, en cuya impugnación sí se discute su legitimidad.

Dentro de nuestro espectro jurídico, sin embargo de lo expuesto, el principio de legitimidad de los actos administrativos es prácticamente inamovible y en virtud de él se ha llegado incluso a la ejecución de verdaderos abusos de poder⁸² que mandan al traste toda la doctrina relacionada con el principio de legalidad y con el bien común. Tal es el irrestricto apego que existe por parte de los funcionarios públicos a los actos administrativos que emanan de sus superiores que se ha llegado hasta la destitución⁸³ y enjuiciamiento penal en caso de su desacato. De tal manera que aunque el administrado y la Autoridad evidenciaren los vicios de nulidad del acto administrativo, él no puede ser desacatado o inobservado, sino que requiere una declaración ya sea administrativa o judicial en este sentido; no es pues viable dejar a ese acto administrativo en el limbo jurídico.

⁸² El ejemplo típico de estos abusos se da en la esfera de recursos humanos del sector público, en donde las Autoridades Nominadoras, rompiendo todo trámite y desconociendo todo derecho, despojan a los funcionarios de sus puestos de trabajo, con la finalidad de obtener vacantes que les permitan satisfacer sus cuotas de poder. En esta situación y pese a que la acción de personal adolece de evidentes vicios de nulidad, el funcionario no podrá seguir trabajando sino hasta que la justicia ordinaria se pronuncie sobre su causa en última instancia; mientras tanto, los efectos dañinos de esa incorrecta actuación irroga terribles daños a los funcionarios afectados sin que –en muchos casos- se llegue a una indemnización justa. Para más información sobre este punto se puede revisar la siguiente jurisprudencia: Mario Calderón Peredo y otros ex funcionarios de la Corporación Aduanera Ecuatoriana vs. Corporación Aduanera Ecuatoriana y Procurador General del Estado, sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia el 16 de abril del 2003 a las 9h00. Mercy Tufiño Villareal vs. Ministerio de Finanzas y Crédito Público sentencia emitida por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia el 27 de Octubre del 2000 a las 9h30

⁸³ Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y Homologación de Remuneraciones del Sector Público, artículo 50 literal i) en concordancia con el artículo 25 literal d) del mismo cuerpo normativo.

Sin embargo de lo expuesto, no es mi intención refutar totalmente la teoría de los tratadistas referidos, pues llegado el caso sí sería factible que un acto administrativo sea inobservado y por ende, sus efectos no sean ejecutados conforme lo establece la Ley; más tómesese en cuenta que el administrado quedaría en una situación de inseguridad jurídica, pues dentro de su esfera de acción nada pueda hacer ante una latente ejecución del acto administrativo sino que necesariamente deberá recurrir ante los órganos competentes a fin de hacer valer sus derechos. Ello nos lleva a otro punto disonante dentro de esa teoría y es el relacionado con la seguridad jurídica, pues si vemos que nuestra legislación otorga la presunción de legitimidad y ejecutoriedad a todos los actos administrativos, ellos se deben cumplir y en caso contrario, éste principio impele a probar la ilegitimidad por quienes se crean afectados a fin de evitar sus efectos, trámite que necesariamente deberá realizarse ante órganos de la Administración Pública o Jurisdiccional sin que sea posible obtener efectos positivos a través de un desconocimiento unilateral. Tómesese también en consideración que al estar recubiertos los actos administrativos por el velo del principio de legitimidad, eventualmente la autoridad puede encausar judicialmente su desacato y establecer las penas legales pertinentes; acción esta que tiene como fundamento únicamente la actitud renuente del afectado a cumplir lo ordenado independientemente de si el acto administrativo en cuestión adolece o no de vicios de nulidad.

En virtud de todo lo expuesto e intentando conceptualizar esta figura jurídica, podría decir que la nulidad es la sanción impuesta a los actos administrativos que adolecen de vicios establecidos en la normativa jurídica, que debe ser expresamente declarada por parte de autoridad competente, y que retrotrae los efectos de las cosas al momento en que se iba a dictar el acto nulo.

Causales O Vicios Que Provocan Nulidad Absoluta De Los Actos administrativos

Las causales de nulidad están directamente relacionadas con la consideración, el respeto y la observancia de los elementos esenciales de los actos administrativos, así

como de las normas que regulan su finalidad; en tal virtud, cuando estos elementos son corrompidos o esas directrices mal encausadas, la normativa jurídica contempla la sanción de nulidad del acto administrativo.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, al tratar sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, establece:

“Art. 94.- **Vicios que impiden la convalidación del Acto.**- No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se consideran nulos de pleno derecho:

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

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

Por su parte, en el artículo 129 vuelve nuevamente sobre la Nulidad de Pleno derecho y dice:

“Art. 129.- **Nulidad de pleno derecho:**

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

- a) Los que lesionen, de forma ilegítima, los derechos y libertades consagrados en el artículo 24 de la Constitución Política de la República.
 - b) Los dictados por órgano incompetente por razón de materia, del tiempo o del territorio;
 - c) Los que tengan un contenido imposibles;
 - d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta;
 - e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos de la administración, sean colegiados o no;
 - f) Los actos expesos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición;
 - g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal; y,
2. En concordancia con lo estipulado en el artículo 272 de la Constitución, también serán nulos de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”⁸⁴

⁸⁴ Es este punto es necesario hacer referencia a que el texto del artículo 94 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva es el originalmente contenido en el Decreto Ejecutivo 1634 publicado en el Suplemento del Registro Oficial 441 de 31 de marzo de 1994; y, el

Por su parte el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al referirse a las causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo establece solamente dos supuestos en los que cabría declararla; en este sentido, la referida norma reza de la siguiente manera:

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

- a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que ha 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.

Siguiendo este mismo orden de ideas, el Código Tributario al hacer referencia a las cuales de nulidad de los actos administrativos que se encuentran enmarcados dentro de sus regulaciones, dice:

“Art. 139.- Invalidez de los actos administrativos.- Los actos administrativos serán nulos y la Autoridad competente los invalidará de oficio o a petición de parte en los siguientes casos:

texto citado del artículo 129 corresponde a la reforma introducida a ese cuerpo normativo el 18 de marzo del 2002, en el denominado Libro II de Procedimiento administrativo común de la Función Ejecutiva, publicado en el Registro Oficial No. 536. En tal virtud, podemos entender porque el Ejecutivo trata dos veces el mismo tema (nulidad de pleno derecho) en dos artículos distintos del mismo cuerpo normativo y dada la diferencia entre el contenido de las dos normas, entenderemos que la que prevalece es la contenida en el artículo 129 en tanto es posterior. Adicionalmente tómesese en cuenta que en la nueva regulación de la nulidad de pleno derecho se da mayor alcance a los efectos de esa norma y los anteriormente regulados, se encuentran plenamente subsumidos en la misma, por lo que no existe contradicción entre ellas sino más bien complementación.

1. Cuando provengan o hubieren sido expedidos por Autoridad manifiestamente incompetente; y,
2. Cuando hubieren sido dictados con presidencia de las normas de procedimiento o de las formalidades que la Ley prescribe, siempre que hayan obstado el derecho de defensa o que la omisión hubiere influido en la decisión del reclamo.

Del contenido de la normativa citada podemos ver claramente cuales son las directrices establecidas por el Legislador y el Ejecutivo para establecer la sanción de la nulidad, las cuales se encaminan a proteger la absoluta claridad y rectitud de los elementos que conforman el acto administrativo⁸⁵ y que vale resumir de la siguiente manera:

- Actos dictados por autoridad incompetente.
- Actos de contenido imposible.
- Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta.
- Actos dictados con prescindencia del procedimiento legal establecido.
- Actos dictados vulnerando las reglas esenciales para la conformación de la voluntad de quienes lo dictan.
- Actos contrarios a normas jerárquicamente superiores.⁸⁶

Es claro también que las causas de nulidad se encuentran más ampliamente tratadas dentro del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, pero que todas ellas se pueden deducir de la aplicación responsable de la Constitución Política del Ecuador y esto es fácil de entender, pues la actividad pública encuentra su fin y fundamento en la Carta Magna, es ella quien la inspira y da las directrices máximas de su actuar a través de los principios jurídicos que proclama, tales como el debido proceso, el principio de legalidad, el respeto de los derechos humanos y sobre todo la consecución del bien común.

⁸⁵ Organismo competente, voluntad administrativa, contenido, forma y fin.

⁸⁶ Ello sin perjuicio de los diversos matices de la violación a la norma que pueden acarrear incluso su inexistencia.

Actos dictados por autoridad incompetente

“La competencia del órgano administrativo es el conjunto de atribuciones, de poderes y de facultades que les corresponden en comparación con los demás órganos. La aptitud legal del órgano es su competencia. Constituye, entonces, la competencia un título jurídico que permite, que dentro de ciertas condiciones y determinados límites, se puedan dictar actos imputables al órgano del que emanan.”⁸⁷

Podemos decir entonces que la competencia es al derecho administrativo, como la capacidad al civil, o, lo que es lo mismo, que la competencia consiste en la capacidad jurídica de obrar de una Autoridad Pública, que en tanto es de orden público, solo puede ser otorgada por normas legales o constitucionales, quedando vedada cualquier tipo de interpretación extensiva que haga suponer la existencia de competencias implícitas.⁸⁸

La competencia en el ámbito administrativo ha sido clasificada en tres grandes campos: materia, territorio y tiempo⁸⁹; cuya inobservancia o fractura acarrea la nulidad de los actos administrativos. Con la finalidad de comprender más

⁸⁷ Manuel María Diez, "Derecho Administrativo", Tomo II, Segunda Edición, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1965, pp. 29,30

⁸⁸ Manuel María Diez, haciendo referencia al profesor Launadere, nos explica que la jurisprudencia puede ser una fuente paralela que otorga competencia y esto lo podemos observar cuando consideran legal la revocación de un acto que la Autoridad tenía competencia para emitirlo pero que en ninguna parte de la Ley se expresaba la facultad para dejarlo sin valor ni eficacia; ello fundamentado en el principio de que las cosas en derecho se deshacen del mismo modo en que se hacen. Por otro lado hace referencia también al profesor Villegas Basavilbaso, quien sostiene, en sentido contrario, que ninguna competencia puede existir en el ámbito del derecho administrativo sin una regla de derecho que la regule. La validez de los actos administrativos depende esencialmente de la competencia, vale decir, que hayan sido realizados por el órgano administrativo obrando dentro del límite de sus atribuciones. En mi opinión y fundamentado básicamente en el artículo 119 que establece el principio de legalidad en las actuaciones de los órganos y funcionarios públicos, las actuaciones de ellos siempre deben estar enmarcadas en una norma siendo improcedente la interpretación analógica o extensiva para crear o suponer competencias; con respecto al ejemplo traído a colación por Launadere, no es aplicable en nuestra legislación, pues para efectos de revocar actos administrativos el propio Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ha establecido los mecanismos para lograr este efecto y es el inicio de un recurso de revisión cuando se trata de vicios que provocan la nulidad, o, la acción de lesividad, para casos de vicios de anulabilidad. En consecuencia, el principio de reserva legal es impoluto en el Ecuador, ello sin perjuicio de la llamada flexibilización del principio de legalidad que viene sucediéndose en las legislaciones comparadas y que a no dudarlo ha influido también en la nuestra.

⁸⁹ El grado no es considerado aquí en tanto es causal de anulabilidad.

profundamente los vicios que provocan la nulidad es necesario entender las partes esenciales del acto administrativo que afectan, así como sus efectos, motivo por el cual en seguida analizo la trascendencia de cada uno de ellos.

Competencia ratione materiae

Todas las instituciones estatales han sido creadas con una razón principal, en virtud de la cual fijarán sus esfuerzos y especializarán a su personal; en este sentido cada órgano debe tener fijada por derecho objetivo una serie de funciones a desarrollar y en tal mérito debe tener las correspondientes facultades que lo hagan posible. Ello equivale a decir que cada órgano tiene una competencia por razón de la materia que, técnicamente, la diferencia de los demás; en algunas entidades, las norma establecerá competencias de tipo genérico, como por ejemplo en los ministerios; pero la regla general es la taxativa delimitación de las facultades que tienen dichas entidades para actuar en la esfera jurídica.

El origen de la doctrina que establece el riguroso principio de legalidad para las actuaciones de los poderes públicos nace, al decir de Manuel María Díez⁹⁰, de la jurisprudencia francesa, quien ha dejado planteado como axioma que la competencia de las personas jurídicas, se rige por el principio de especialidad, el cual sienta sus bases en la diferencia con las personas físicas, quienes por ser capaces pueden hacer todo lo que crean conveniente, teniendo como único límite a la ley, mientras que las personas jurídicas, esencialmente incapaces, tienen a la normativa como cause exclusivo de sus actuaciones.

En resumen, podemos decir que la competencia en razón de la materia está constituida por la especificación del ámbito disciplinario en el cual el ente institucional se desenvolverá para cumplir sus objetivos rectores.

Competencia en razón del territorio

⁹⁰ Cfr. Ob. Cit., p. 35

Este tipo de delimitación de la competencia hace referencia al ámbito espacial, en virtud del cual, la entidad en cuestión solamente podrá realizar sus actividades administrativas y ejecutivas en circunscripciones geográficas expresamente detalladas en la norma. Tienen su razón de ser en la política descentralizadora y desconcentradora que han venido adoptando los Estados, con la finalidad de satisfacer de mejor manera las necesidades de los administrados y sobre todo, de lograr eficiencia en las tareas encomendadas a las autoridades a través de un alto grado de especialización.

El tratamiento de este tema se sirve de la división política del país a fin de lograr un alto grado de especificidad en su regulación, sin que tenga mayor relevancia la zona topológicamente referida, aunque ello no es un limitante.

La competencia en razón del tiempo

La Constitución Política del Ecuador en su Artículo 23 numeral 15, establece el derecho de petición como prerrogativa de toda persona; en este sentido, la referida norma dice:

“Art. 23. Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará a las personas los siguientes:

15. El derecho a dirigir quejas y peticiones a las autoridades, pero en ningún caso a nombre del pueblo; y a recibir la atención o las respuestas pertinentes en el plazo adecuado.”

Esta norma constitucional es el fundamento de la restricción de la competencia analizada y es muy fácil de comprender su naturaleza y fin, pues resulta aberrante el aceptar que la capacidad de obrar de los administradores, ante un requerimiento de los ciudadanos, esté en completa indeterminación temporal pues ello provoca un

estado de inseguridad jurídica en el administrado y paralelamente impide la materialización de la responsabilidad estatal extracontractual, pese a los efectos dañinos que puede provocar la negligente pasividad de las autoridades.

En nuestra legislación, el tratamiento de la competencia en razón del tiempo está fundamentalmente regulado por el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado el que dice:

“Art. 28. **Derecho de Petición.**- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta a favor del reclamante.

Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendría la obligación de entregar, a pedido del interesado, salvo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que le correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiere una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto

contrario al derecho de petición garantizado por la Constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieran las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario interior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolver en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.”

En virtud de la norma citada, cuando una autoridad administrativa no resuelve una petición o reclamo de los administrados dentro del término establecido, se entiende que el pronunciamiento ha sido favorable; en tal virtud, la competencia del funcionario para pronunciarse sobre ese tema ha cesado y la Ley lo ha reemplazado.

Dentro del ámbito tributario, rige lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 05, cuya norma es en esencia igual a la citada pero que varía tan solo en el tiempo otorgado a las autoridades para la resolución de temas que involucran a esta materia, el cual es de ciento veinte días laborables.

Un tema interesante a dilucidar dentro del estudio de este tema es el momento en que empieza a correr el término que tienen las autoridades para pronunciarse; de conformidad con la regla generalmente aceptada y contemplada en el Código de Procedimiento Civil, todo plazo o término contará desde el día siguiente al de la notificación de inicio del mismo; en este mismo sentido se expresa el artículo 132 del Código Tributario, cuando dice que “Las resoluciones se expedirían en el plazo de noventa días, contados desde el día hábil siguiente a la presentación del reclamo...” y por otra parte el artículo el artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expresa que el plazo para la interposición del recurso subjetivo se contará desde el día siguiente al de la notificación del acto administrativo impugnado. Es evidente entonces la esencia misma de las normas citadas que

coincide plenamente con el criterio generalmente aceptado de que los términos cuentan desde el día hábil siguiente del día en que las partes conocieron la concreción del acto o hecho que los genera. Sin embargo de ello, es necesario dejar en claro que el tema a dilucidación aquí es de naturaleza administrativa, por lo que las normas adjetivas civiles y contencioso administrativa no podrían ser aplicadas para analizar el tema propuesto; otra es la situación de la norma tributaria referida, la cual expresamente trata sobre asuntos administrativo tributarios que deben ser conocidos y resueltos por las autoridades competentes y que en seguida pasamos a analizar:

De conformidad con el texto del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, toda petición, solicitud o reclamo deberá ser resuelto en “un término no mayor a quince días contados a partir de la fecha de su presentación”, es decir, contados desde el día mismo en el que el administrado presentó su petición a la Autoridad y no desde el día siguiente, como lo establecen las normas contencioso procesales referidas. Esto evidencia una clara oposición entre la Ley de Modernización del Estado y el Código Tributario, pues ambas establecen diferentes formas de contabilizar los términos. Ante tal situación, necesariamente debemos recurrir a las reglas establecidas en el Código Civil, a fin de determinar cual norma es prevalente, así el artículo 38 nos dice que prevalecerá la ley posterior y el 39 establece una excepción a esta regla, cuando la norma anterior sea especial, evento en el que prevalecerá aunque la norma posterior sea contraria a sus preceptos.

Este estudio nos deja entrever que la norma que prevalecería, para efectos tributarios exclusivamente es la contenida en el artículo 132 del Código Tributario y por ende, para los procedimientos no tributarios, la regla a aplicarse es la contenida en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y por ende los términos para establecer la competencia en razón del tiempo de las autoridades, deberá computarse desde la fecha misma de la presentación de la petición, solicitud o reclamo.

El artículo 66 de la Ley de Modernización del Estado dice:

“Art. 66.- **Derogatorias y reformas.-** La presente Ley tiene el carácter de especial y por lo tanto prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere.

Las disposiciones del Código Tributario y de otras leyes se entenderán modificadas en cuanto se opusiere a la presente”

En tal virtud, incluso el referido artículo 125 del Código Tributario, en la parte pertinente, carece de eficacia, en tanto la norma citada lo ha derogado expresamente, lo que, en mi criterio, evidencia más la regla que prima en la forma de contar los términos para establecer la competencia de las autoridades.

Es necesario dejar expresado que este criterio no ha sido compartido por la Sala Especializada de lo Fiscal de la Excelentísima Corte Suprema de Justicia, quien en el fallo de casación dictado dentro del proceso No. 128-99 que Cuenca Bottling siguió en contra de resolución emitida por el Director General del Servicio de Rentas Internas, ha expresado que la Ley de Modernización no se aplica a la materia tributaria, por lo que el artículo 125 del Código Tributario en la práctica sigue incólume en la parte en la que hace referencia que los términos se contarán a partir del día hábil siguiente al de la presentación del reclamo por parte del contribuyente.

*Actos de contenido imposible*⁹¹

Este supuesto de nulidad de pleno derecho es en la práctica muy problemático, pues del contenido de la norma se deduce que la “imposibilidad” a la que hace referencia no es de naturaleza legal o jurídica, pues eso equivale pura y simplemente a la ilegalidad en general que es debidamente tratada en otra parte de la norma.

Debemos en consecuencia remitirnos a la imposibilidad material o física, la cual a su vez puede ser originaria: cuando la orden administrativa implica algo que por su

⁹¹ Cfr. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho Administrativo. Ed. Civitas, Madrid, 4ta. Edición, 1986, Tomo I, págs 597

naturaleza no depende de la voluntad ni fuerza humana, como por ejemplo la disposición que establece que se cambie inmediatamente la marea o la dirección de la corriente de un río caudaloso; o bien puede ser sobrevenida, lo cual implica que al momento de estudiar el caso y dictarse el acto administrativo, existían las circunstancias requeridas para que este cumpla sus efectos, pero una vez en vigencia, una o más de ellas desaparecen, “sobreviniendo” la imposibilidad; un ejemplo claro de esto, es cuando se sanciona a un funcionario público que a la fecha de emisión del acto administrativo había ya fallecido; evidentemente este tipo de imposibilidad no encarna ilegalidades sino simplemente la ineficacia del acto.

Otra clase de imposibilidad es la de carácter ideal o lógico y aparece cuando la vigencia de un acto implica la ineficacia de otro que no puede ser tácitamente derogado, sin que sea posible su simultánea aplicación.

El denominador común de este vicio de imposibilidad de contenido del acto administrativo es la imposibilidad de su cumplimiento y por tanto la imposibilidad de producir efecto alguno.

Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta

Dentro de esta causal de nulidad de pleno derecho, debemos necesariamente distinguir dos situaciones que la configuran:

La primera de ellas, es cuando el fin del acto administrativo⁹² es constitutivo de una infracción penal, como por ejemplo, cuando se ordena el homicidio o asesinato de una persona. El fundamento es claro, la protección del bien común y el respeto de las normas legales. Sin embargo de ello, vemos que no es causal de nulidad de pleno derecho, vicios que implican el cometimiento de **infracciones administrativas**, como por ejemplo la orden a un funcionario ejecutor de desacatar una disposición legal de autoridad competente. Se ve y entiende la necesidad de que esta causal de nulidad sea extendida no solo al ámbito penal, sino también al administrativo, donde

⁹² Entendido en este punto como el objetivo último que busca conseguir la Autoridad a través de la emisión de ese acto administrativo.

hallamos infracciones que si bien no son de la magnitud de las reguladas por el ámbito penal, tienen el mismo fin, cual es el propender al bien común de los administrados.

La segunda, implica más bien requisitos de prejudicialidad, en virtud de la cual deberá existir una sentencia ejecutoriada que establezca la existencia de la infracción penal, conducta sancionada ésta a la cual se vincula el acto administrativo que sería objeto de impugnación.

Sobre este punto es necesario dejar esclarecido varias situaciones cuando menos curiosas que pueden producirse por la forma en como ha sido redactada la norma:

- Dada la naturaleza de nuestro sistema jurisdiccional, un proceso judicial, tiene un promedio de duración de cuatro años hasta que exista una sentencia con fuerza de cosa juzgada, en la que se establezca la existencia de la infracción penal y por ende, se pueda perseguir a un acto administrativo por el vicio en estudio; esta situación la ha comprendido, aunque a medias, el Ejecutivo al expedir las reformas al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, y digo a medias, porque en lo que se refiere a la causal para iniciar un recurso de revisión para este tipo de casos, ha ampliado el plazo de su interposición a tres meses contados a partir de la emisión de la sentencia sin que ese plazo sea mayor a cinco años contados a partir de que se dictó el acto administrativo. Es evidente entonces que el plazo concedido es adecuado para intentar un recurso de revisión fundado en esta causal; sin embargo de ello, en el literal d) del artículo 178 del referido Estatuto (al cual es aplicable el plazo referido), hace referencia solamente a actos administrativos dictados como consecuencia de delitos, excluyendo por tanto a aquellos derivados de contravenciones, que no se tratan expresamente. Por lógica jurídica, bajo ninguna circunstancia podemos aceptar que actos derivados de contravenciones y por ende viciados con nulidad absoluta, no

puedan ser revisados y revocados por las autoridades competentes⁹³ al no tener una causal específica para su revocación, por lo que en mi criterio, deberíamos encasillar a aquellos, dentro de la segunda causal para la iniciación del recurso de revisión, que hace referencia a la aparición de documentos de valor trascendental ignorados al emitirse el acto administrativo, en este caso ese documento sería la sentencia condenatoria.

- Otra situación peculiar ocurre en el caso del delito de Colusión, en virtud del cual, cuando el juez establece la existencia del delito e identifica a los autores, cómplices y encubridores, de conformidad con el artículo 7 de la Ley para el Juzgamiento de la Colusión, también debe ordenar que se dejen sin efecto todos los actos derivados del acuerdo colusorio. En este caso ya no sería necesario el iniciar procesos en cuerda separada para buscar y obtener la nulidad de los actos administrativos emanados como consecuencia de este delito, sino que el mismo juez se encargará de declarar su nulidad. En esta materia específica, se rompe el principio de que la “justicia penal se extiende a resolver, para el solo efecto de represión” y consecuentemente hace innecesario cualquier recurso administrativo que pretenda este fin. Aquí, el Juzgador Penal tendría competencia prorrogada en materia administrativa con fuente legal.

Actos dictados con prescindencia del procedimiento legalmente establecido

Según quedó evidenciado arriba, el tema del respeto al debido proceso es un punto en el cual todas las normas procedimentales coinciden como supuesto cuya inobservancia acarrea la nulidad del acto administrativo derivado del proceso previo defectuoso; en este sentido tanto el Código Tributario como la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, hacen referencia a la “prescindencia” de las normas de procedimiento o formalidades que la Ley prescribe y siempre que esta omisión hubiese obstado el derecho a la defensa o que hubiese influido en la decisión de la

⁹³ Esta imposibilidad devendría de la poca probabilidad de contar con una sentencia con fuerza de cosa juzgada dentro de los plazos establecidos por el Estatuto y la Ley para presentar los reclamos o recursos establecidos como procedimientos para revocar un acto administrativo.

causa. Por su parte el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, habla de la prescindencia total y absoluta del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad del órgano de la administración, sean colegiados o no.

Del texto de las normas jurídicas referidas podemos observar que la violación procedimental a la que se refieren a de ser muy grave, entendida esta cuando se fracture el derecho a la defensa o se influya en la decisión de la causa; o, cuando se prescinda del trámite, entendida esta “prescindencia” como total y absoluta, pues del texto de la norma no se colige una graduación que nos permita interpretarla de otra manera. En tal virtud, si existiese al menos indicios de que la Autoridad ha ejecutado ciertos pasos del proceso legalmente establecido, esta causal no es aplicable, así como tampoco lo es cuando no se haya obstado el derecho a la defensa o la omisión haya influido en la decisión de la causa. Sobre estos dos últimos puntos, en mi criterio existe oscuridad en el tratamiento normativo, mismos que en seguida paso a evidenciar:

Con respecto al derecho a la defensa, se dirá que solamente ha sido disminuido cuando se impide la participación del administrado en etapas procesales que requieren su intervención; ejemplo de ello es no notificarle con la apertura del término de prueba y que ello hubiese imposibilitado que el administrado la presente, o que requiriéndose su presencia para la discusión de borradores de actos administrativos, no se le informe de la celebración de tal diligencia y adicionalmente que no asista; de lo expuesto podemos colegir que, para que se configure esta causal de nulidad contemplada en las normas referidas, no basta la violación del trámite sino que ella afecte al interesado⁹⁴. Esto es lo que se desprende del texto de la norma, pero entender a este supuesto como única fuente de violación del derecho a la defensa, es incorrecto; me explico: en los trámites administrativos, existen diversas etapas, cada una de ellas comprende estudios, informes, investigaciones, etc. que si bien no requieren la presencia del particular o su intervención, es necesario que conozca con

⁹⁴ Tómesese en cuenta que la violación del trámite, en razón de las normas referidas, no constituye causal de nulidad sino la inobservancia total y absoluta del trámite, lo cual es muy distinto.

la finalidad de ejercer su derecho de acción⁹⁵ (base del respeto del derecho a la defensa), ello, en función de la naturaleza pública de las actuaciones administrativas. En tal virtud, el administrado deberá cerciorarse de la legalidad de todas las actuaciones internas de la administración que repercutan en un acto administrativo que produzca efectos en su persona, pues el desconocimiento de cualquier paso o requisito procedimental establecido en la Ley, de una u otra forma afecta al administrado en su derecho a la defensa.

Por otro lado, es evidente que todos los pasos procedimentales tienen una razón de ser, por lógica jurídica se entiende que ninguna etapa del trámite o requisito del mismo es gratuito, inocuo o inútil, sino que tienen fines específicos siempre tendientes a esclarecer la verdad, precautelar el ordenamiento jurídico, el bien común y la justicia, aspectos que la Autoridad deberá siempre considerar para efectos de resolver lo que es legal. Por ello, la violación de cualquiera de estos pasos procedimentales, en mayor o menor medida afectará la resolución final que se expresará en el acto administrativo. Dentro de nuestro sistema jurídico no existe la tasación de las pruebas, por lo que ellas deberán ser cotejadas por la autoridad competente y valoradas de acuerdo a su sana crítica; por ello es que si se omite un informe o no se considera una prueba, independientemente de su naturaleza, es imposible determinar el grado de eficacia que la misma pudo tener en la autoridad, lo que a su vez evidentemente afecta la decisión final adoptada.

En consecuencia, la pretendida contundencia de la violación del trámite requerida para provocar la nulidad del acto administrativo, en la práctica no puede llegar a esos límites, en tanto he evidenciado que cualquier omisión o violación de trámite afectan de una u otra manera a la parte resolutoria del acto administrativo o al derecho a la defensa del administrado, requisitos estos que son básico para demandar la nulidad de pleno derecho.

⁹⁵ Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley.

Con la finalidad de reforzar mi criterio, es necesario que cite textualmente el contenido del numeral 1 del artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador:

“Art. 24.- Para asegurar el debido proceso deberán observarse las siguientes garantías básicas, sin menoscabo de otras que establezcan la Constitución, los instrumentos internacionales, las leyes o la jurisprudencia:

1. Nadie podrá ser juzgado por un acto u omisión que al momento de cometerse no esté tipificado como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza, ni se aplicará una sanción no prevista en la Constitución o en la ley. Tampoco se podría juzgar a una persona sino conforme a las leyes preexistentes, **con observancia del trámite propio de cada procedimiento.**”
(el subrayado fuera de texto)

Por otra parte, el artículo 119 del mismo cuerpo Constitucional dice: “La instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la Ley, y tendrían el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común” (esta norma, consigna el principio de legalidad de las actuaciones públicas).

Finalmente, el artículo 272 de la Constitución, del cual se desprende la supremacía de la Carta Magna y la pirámide jurídica de nuestro sistema legal, nos dice:

“**Art. 272.-** La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos, resoluciones y otros actos de poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor alguno so, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones”

De lo expuesto, podemos determinar con facilidad varias situaciones derivadas: que siempre se debe observar el trámite propio de cada procedimiento, lo que equivale a decir que existe prohibición constitucional de que una Autoridad cambie, de cualquier manera, la forma de tramitar una causa o adopte otro mecanismo al legalmente establecido para emitir una resolución. Prohibición esta que se ve reforzada por el principio de legalidad que impera en las actuaciones de los organismos, instituciones y funcionarios públicos, que les conmina a actuar siempre dentro del cauce legal expresamente determinado; en consecuencia, si la autoridad pública no cumple con todos los trámites del proceso o si adopta uno distinto al tipificado, está vulnerando la Constitución y la Ley, lo que a su vez genera que sus actuaciones no tengan valor alguno, es decir, sean nulos de nulidad absoluta o de pleno derecho.

En conclusión, mi criterio es que no importa la gravedad del vicio del procedimiento, pues ya sea por vía legal o por la constitucional, cualquier variación del proceso o lo que equivale a decir, cualquier violación del proceso, causará la nulidad del acto administrativo derivado de tal actuar.

Lo que pretendo explicar en este punto, es que no importa la magnitud de la violación del procedimiento por parte de la autoridad, pues aunque esta sea mínima, siempre afectará los derechos del administrado, entre ellos, lógicamente el de defensa establecido en el numeral 10 del artículo 24 de la Constitución Política del Ecuador, por lo que queda evidenciada, que aunque sea mínima la violación del procedimiento, su invalidez queda sancionada por orden constitucional.

Actos dictados vulnerando las reglas esenciales para la conformación de la voluntad de quienes lo dictan.

Este supuesto legal no es sino un nivel de especificación mayor al anteriormente tratado, relacionado con el debido proceso, sin embargo de lo cual nos ayuda como un elemento que permite comprender aún más su real alcance. Es así que podemos fácilmente observar que para que se vicie la integración de la voluntad de un órgano,

no es condición necesaria la violación total y absoluta del trámite establecido sino que es suficiente la omisión de solemnidades tales como la correcta conformación del órgano respectivo, la presencia el quórum exigido, la legitimidad de personería de las Autoridades, o, incluso cuestiones elementales como el irrespeto a la decisión de mayoría o el no contarse con mayoría calificada si así lo exige la norma, violaciones éstas que entrarían dentro del marco estudiado en este subtítulo.

Es necesario evidenciar que este vicio no hace referencia a la serie de antecedentes de hecho y de derecho o a los fundamentos que tuvo la Autoridad para emitir la resolución en los términos en los que pudo hacerlo, es decir, no se trata de analizar la correcta o incorrecta apreciación de las piezas procesales por parte de la autoridad al momento de resolver, sino del estudio de la esfera subjetiva de ella, en relación con los requisitos exigidos por la norma para su actuación y por ende de su capacidad legal para ejercer facultad resolutoria en los términos que lo hace; es por ello que hablamos de quórum o legitimidad de la autoridad y no de debida motivación o de errores de hecho o de derecho en los que eventualmente puede incurrir.

El sentido de la norma es totalmente justificable al sancionar con la nulidad de pleno derecho a actos administrativos dictados por órganos ilegalmente conformados pues con ello salvaguarda normas esenciales del debido proceso, tales como la competencia de los juzgadores y sobre todo el respeto a la seguridad jurídica, puntos que también se encasillan en otras causales de nulidad absoluta establecidas por la misma norma, pero que, dada su importancia, ha sido expresamente individualizada.

Es conveniente también evidenciar los matices que pueden surgir en el caso concreto, al enfrentarnos a violaciones del sistema legal que impliquen antecedentes de hecho que harían referencia a la formación de voluntad de los órganos administrativos en el ejercicio de su facultad resolutoria. En mi criterio, esta norma aplica a casos en los cuales, violándose ciertos trámites del procedimiento, autoridades competentes no lograr reunir todos los requisitos establecidos en la norma para la conformación del órgano, sin embargo de lo cual emiten una resolución. Debe por ende, evidenciarse al menos un principio de legalidad, al iniciarse los procedimientos establecidos para la

emisión del acto administrativo, pese a que en definitiva no se cumplan a cabalidad. Un ejemplo claro de esto es la falta de quórum para tomar decisiones aunque el trámite anterior fuera debidamente llevado a cabo. En este caso, vemos ese inicio de legalidad, truncado por la violación de normas relacionadas con la correcta conformación de la voluntad por parte de los órganos competentes; supuesto en el cual procedería la nulidad de pleno derecho.

Pero debemos considerar además supuestos extremos de este caso, que en tanto tales son ajenos al campo de acción de la norma referida y en los que, en consecuencia, no cabe pensar en una nulidad sino en inexistencia. Según se dejó expresado al inicio de este trabajo, una de las principales causales de inexistencia de los actos administrativos es la violación grosera a las normas que establecen la competencia. Tome en cuenta el lector, que normas esenciales para la conformación de la voluntad de un órgano colegiado, están directamente vinculados con su existencia misma, en tanto depende de la reunión de sus miembros; en tal virtud, si bien una resolución que requiere una mayoría calificada para existir y ha sido dictado sin ella, no podría ser considerada como inexistente sino como nula de pleno derecho, ello nos indica la posibilidad de una violación peor, supongamos, en el mismo caso, que la decisión fue tomada por mayoría de personas que jurídicamente se veían incapacitados de conformar el órgano colegiado. En este supuesto, vemos que el órgano que ejerce la facultad resolutoria no cumplió ni siquiera con el más básico requisito de formación de voluntad en tanto nunca siquiera se conformó, mal podemos hablar entonces de un vicio de nulidad sino que estamos frente a la inexistencia misma del acto administrativo.

Otro supuesto similar se da cuando una persona que no ha sido legalmente posesionada en su cargo, pero por convicción propia decide ejercerlo y para ello emite actos en nombre del órgano público. Este caso, visto en forma básica, lo podemos entender cuando un particular toma ilegalmente el nombre de autoridad pública al punto de incluso llegar a ejecutar las funciones que eventualmente tendría el momento de su legal nombramiento y posesión; en definitiva estaríamos frente al acto de una persona natural sin autoridad ni competencia para emitir decisiones

administrativas, o, lo que es lo mismo, constatamos perfectamente la inexistencia del acto administrativo.

Lo expuesto tiene la finalidad de exponer al lector la serie de circunstancias que pueden rodear a un acto administrativo y que generan vicios de mayor o menor importancia; en tal virtud, la nulidad o inexistencia muchas veces proviene del entorno mismo del acto y no propiamente de su contenido.

Actos que lesionan el contenido de derechos y libertades susceptibles de protección a través de garantías constitucionales

Esta nulidad deriva del carácter de los derechos y libertades fundamentales como principios superiores al ordenamiento, dotados de efectividad inmediata y preferente frente a todos los poderes públicos y, por su puesto, ante la Administración y ante los Tribunales.

Actos contrarios a normas superiores

Esta causal de nulidad hace expresa relación al principio de seguridad jurídica observado desde el punto de vista del respeto de la normativa superior y del estricto cumplimiento del doble efecto de aplicación y creación jurídica⁹⁶, que es expuesto por Kelsen de la siguiente manera: “Una pluralidad de normas, forma una unidad, un sistema, un orden, cuando su validez puede ser atribuida a una norma única como fundamento último de esa validez”⁹⁷, lo que a su vez se resume en la súper-legalidad de la Carta Magna y en su calificación de fin y fundamento del sistema jurídico en el

⁹⁶ Este principio nos dice que la aplicación de una norma superior implica la creación de una inferior, por ejemplo, cuando creamos una sentencia, lo hacemos al aplicar la ley, o cuando aplicamos la Constitución, generamos una ley. En este orden estricto de cosas, se debe entender que no hay cabida para crear una disposición jurídica contraria a su norma superior, bajo el supuesto de que todo efecto es proporcional a su causa, lo que equivale a decir, que de la aplicación de una tesis nunca puede generarse su antítesis. Por ello, el crear normas disonantes con el sistema legal, implica una violación al principio jurídico en estudio, lo que a su vez repercute en el principio de seguridad jurídica, que en último término tiende a certificar la existencia de la armonía jurídica cuya fuente es la Constitución.

⁹⁷ Kelsen Hans “Théorie Pure du Droit” Traduction Française de la 2^e édition de la « Reine Rechtslehre » par Charles Eisenmann. Dalloz, Paris, 1962, p. 257

que rige, cuya principal derivación es el principio de legalidad y como resultado de su aplicación, la seguridad jurídica.

En varias oportunidades he expuesto que el principio de seguridad jurídica, se asienta, entre otros, en el principio de reserva legal, que, aplicado al ámbito administrativo, impele a las autoridades públicas a hacer exclusivamente aquello que está expresamente previsto en la norma jurídica, quedando en consecuencia, todo lo demás prohibido; por tanto, si la ley conmina al funcionario a actuar de una forma y este actúa de otra, evidentemente que los resultados de tal conducta vulneraran el contenido de la norma que debió observarse y darán paso a la imposición de las sanciones previstas en la normativa pertinente.

El respeto de la normativa jurídica garantiza el bien común, su inobservancia fundamenta la revocación del acto ilícito.

Sin embargo de lo expuesto y como ya quedó debidamente explicado en el capítulo anterior, existen violaciones constitucionales tan groseras, que la nulidad deja de ser la sanción establecida por el legislador para el acto administrativo que las sufra, que incluso es calificable como inexistente. Vemos entonces aquí que pese a que el vicio estaría plenamente tipificado como causal de nulidad, de la norma Constitucional podemos inferir que otra es la sanción: la inexistencia; me explico: el artículo 18 de la Constitución Política del Ecuador, en su primer inciso, expresamente dice:

“Art. 18.- Los derechos y garantías determinados en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, serán directa e inmediatamente aplicables por y ante cualquier juez, tribunal o autoridad.

En materia de derechos y garantías constitucionales, se estará a la interpretación que más favorezca su efectiva vigencia. Ninguna autoridad podrá exigir condiciones o requisitos no establecidos en la Constitución o en la ley, para el ejercicio de estos derechos.

No podrá alegarse falta de ley para justificar la violación o desconocimiento de los derechos establecido en esta Constitución, para desechar la acción por esos hechos, o para negar el reconocimiento de tales derechos.

Las leyes no podrán restringir el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales.”

En el primer inciso de la norma citada, vemos que la Carta Magna faculta a todas las personas a aplicar “directa e inmediatamente” ante cualquier juez, tribunal o autoridad, los derechos y garantías establecidos en ella. Con la finalidad de impedir interpretaciones restrictivas sobre la exclusividad de los órganos judiciales de impedir las arbitrariedades de las autoridades, del texto referido vemos que se hace una clara distinción entre jueces, tribunales y autoridades; y, todas las demás personas que pueden aplicar la norma constitucional “**ante**” ellos. De tal manera que ese monopolio proteccionista que mantenía la función judicial encuentra una excepción cuando se trata de aplicar las normas constitucionales, en tanto el ciudadano particular está facultado también para ejercer cuanta medida considere prudente para hacerlos respetar.

Descubrimos entonces en la protección y aplicación de los derechos y garantías constitucionales otra de las esenciales diferencias entre las causales de nulidad de pleno derecho y de aquellas que generan la inexistencia de los actos administrativos.

Roberto Dromi⁹⁸ hace una enumeración bastante completa de casos concretos en que los vicios del acto administrativo ocasionan su nulidad, siempre fundados en una de las esferas clasificatorias arriba descritas; es así que considera que un acto administrativo tiene un vicio grave que acarrea nulidad “cuando:

⁹⁸ Ob. Cit. P 244

- 1) Está en discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente o situación de hecho reglada por las normas.
- 2) Incumple deberes impuestos por normas legales o sentencias judiciales.
- 3) Viola reglamentos dictados por autoridad superior.
- 4) Contraviene instrucciones o circulares que establecen derechos para los administrados.
- 5) El objeto está prohibido por el orden normativo, excluidos los casos que provocan la inexistencia.
- 6) Vulnera la estabilidad o irrevocabilidad de otro acto administrativo.
- 7) Es emitido por un órgano incompetente en razón del tiempo, o del grado, y la avocación y la delegación están prohibidas.
- 8) Adolece de incompetencia en razón de la materia, por haberse ejercido atribuciones de otros órganos o entes administrativos.
- 9) Es dictado mediante connivencia dolosa entre el agente público y el administrado, error esencial del agente, dolo del administrado determinante del acto, dolo del agente, violencia sobre el agente o simulación.
- 10) Se lo ha emitido sin haberse obtenido la previa autorización, siendo ella exigida.
- 11) Ejecuta un acto no aprobado, siendo la aprobación exigida.
- 12) No cumple con la finalidad debida o sea es irrazonable.

- 13) En el órgano colegiado no se ha cumplido el requisito de convocatoria o no se ha sometido la cuestión a la deliberación de sus miembros.
- 14) Contraviene las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica que afectan esencialmente el objeto del acto,
- 15) Viola principios elementales de la lógica.
- 16) No se documenta por escrito, habiéndose prescindido de esta vía por urgencia o imposibilidad de hecho.
- 17) Esta documentado y firmado, pero no se ha confeccionado acta de la sesión del órgano colegiado que lo dictó.
- 18) Se lo ha emitido violando el derecho a la defensa u omitiendo el cumplimiento preciso de algún trámite necesario.
- 19) Carece de motivación o ésta es indebida, equívoca o falsa.”⁹⁹

La clasificación doctrinaria de las causales de nulidad de los actos administrativos dependen en una gran medida del autor que las agrupa y las diferencia, sin embargo siempre encontramos un hilo conductor entre ellas, que hace referencia al tipo de agresión acaecida en los elementos mismos del acto administrativo.

Dentro de nuestra legislación, encontramos en el Código Tributario dos causales de nulidad, que se encuentran contenidas en el artículo 139, que a la letra dice:

“Invalidez de los actos administrativos.- Los actos administrativos son nulos u la Autoridad competente los invalidará de oficio o a petición de parte, en los siguientes casos:

⁹⁹ Roberto Dromi Ob. Cit. Pp. 245,246

1. Cuando provengan o hubieren sido expedidos por Autoridad manifiestamente incompetente; y,
2. Cuando hubieren sido dictados con prescindencia de las normas de procedimiento o las formalidades que la ley prescribe, siempre que se haya obstado el derecho de defensa o que la omisión hubiere influido en la decisión del reclamo.”

La norma citada, en su primer numeral hace alusión a la naturaleza **manifiesta** de la incompetencia de la debe adolecer la autoridad administrativa que emitió el acto viciado, para que este refleje vicios de nulidad. De conformidad con Guillermo Cabanellas, en su Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, el término “MANIFIESTAMENTE” significa “De modo evidente. Con claridad. Sin ocultación”¹⁰⁰; sinónimos estos que a su vez nos permiten entender de manera profunda el alcance de la norma contenida en el Código Tributario; me explico: sabemos que la competencia solo nace de la ley, es ella quien atribuye facultades a los funcionarios públicos y establece sus límites de acción, así, éstos solo pueden hacer aquello que está expresamente contenido en la norma. La norma por definición ha de ser siempre precisa, más aún en derecho público, donde el respeto irrestricto del principio de legalidad es el eje central de la seguridad jurídica. Por ello, hemos de entender que cuando la norma establece competencias, todas aquellas funciones que no están detalladas se entenderán que su ejercicio ha de estar prohibido al funcionario; no hay matices, se es o no competente para desarrollar determinada función; no puede entonces existir sombra de duda con respecto a ella; la norma siempre es una y una es su intención, pueden existir sin embargo varias formas de interpretarla, varios métodos al servicio de los investigadores, jueces, jurisperitos, etc., pero en esencia, se entenderá que todas esas vías, bien aplicadas, nos llevarán a un mismo resultado, cual es el expresado por el legislador en la norma legal. No puede existir entonces en términos de competencia, matices, zonas grises u obscuridades que tiendan a interpretaciones extensivas o análogas. Ello no quiere decir que puedan existir dudas sobre el ejercicio de una competencia, pero las

¹⁰⁰ Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo V, Edit. Heliasta S.R.L., Edición 21ª. Buenos Aires, 1989, p. 295

mismas deberán ser aclaradas categóricamente y luego de ello quedarán insubsistentes; lo que quiero decir es que no es jurídicamente viable que una vez que se presenten dubitaciones en una norma, el órgano competente para absolverlas se pronuncie también en sentido vacilante, sino que emitirá un pronunciamiento de observancia general que eliminará para siempre la incertidumbre, haciendo por ende manifiesta la competencia o incompetencia de la autoridad en ese punto específico.

En conclusión, en tanto proviene de la ley, la competencia siempre ha de ser manifiesta, clara, precisa, por lo que, en mi criterio, cuando una autoridad ya sea por desconocimiento o por error se excede en sus funciones, el acto administrativo emanado de tal funcionario, ha de sufrir vicios de nulidad.

Entendida así la primera causal de nulidad contenida en el artículo 139 del Código Tributario, podemos pasar a analizar aquella referida a la inobservancia del debido proceso, cuando esta obste el derecho a la defensa de los administrados o influya en la decisión de la causa.

Sobre este particular, que fue debidamente analizado en el subtítulo Actos dictados con prescindencia del procedimiento legalmente establecido¹⁰¹ es suficiente decir que todos los pasos y requisitos previos al acto administrativo, tienen una finalidad que está acorde en primer término con la consecución de la justicia y por derivación, del bien común, por ello la falta u omisión de alguno de ellos, a no dudarlo influenciará en mayor o menor medida, ya sea en la decisión final de la Autoridad o en los derechos de administrado relacionados con el debido proceso; es por ello que la aparente restricción de la norma, se traduce en la práctica en un amplio abanico en el que se incluye la protección de varias garantías del debido proceso.

Por su parte, el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece las siguientes causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo:

¹⁰¹ Ver página 91

“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 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.”

Dentro del primer literal de esta norma, encontramos a la causal de incompetencia de autoridad, funcionario o empleado público, ya sin el requisito de “manifiesto” que se encuentra expresado en el artículo 139 del Código Tributario, es decir, en este campo del derecho el legislador se preocupó por simplificar aún más las cosas e impedir cualquier tipo de divagaciones sobre la claridad u oscuridad de la competencia de uno de los colaboradores del Estado y la relación de ésta con la nulidad del acto administrativo. Sin embargo de ello, es conveniente que se tome nota de esta característica, a efectos de refrendar la interpretación realizada a la norma del Código Tributario que regula la nulidad del proceso.

La segunda causal de nulidad establecida en este artículo merece un poco más de detenimiento en su análisis, pues aquí no solo se tratan las resoluciones administrativas que eventualmente pueden ser objeto de un proceso de invalidación sino que también se hace referencia a los procedimientos administrativos.

En lo que tiene que ver con los actos administrativos, cabe perfectamente el análisis que sobre el mismo punto se hizo con relación a lo establecido en el artículo 139 del Código Tributario y en la parte doctrinaria, con respecto de los actos dictados por autoridad incompetente; por otro lado, con relación a los procedimientos

administrativos, dentro de este artículo se hacen precisiones muy pertinentes que se adecúan perfectamente al caso que pretenden regular y que se vincula esencialmente con el debido proceso.

La primera gran precisión tiene que ver con la localización misma de la omisión o incumplimiento de la formalidad legal que debe ser observada, misma que, por su naturaleza se halla en una de las etapas del trámite y no en el acto administrativo en sí, pese a que ella indefectiblemente repercute en él. Es así que se habla de formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución, se hace referencia entonces a los momentos previos al acto administrativo, a la coyuntura legal que debe existir para que el acto a dictar sea pertinente; por ello es que se sanciona al proceso administrativo y no al acto, aunque su invalidez deviene como consecuencia lógica del primero.

Por otro lado se habla incluso de las formalidades legales que deben estar presentes incluso antes de iniciar el procedimiento administrativo, es decir, se hace referencia a una etapa anterior a la que le precede al acto administrativo.

De la norma analizada se desprende entonces el verdadero alcance del principio de legalidad y la naturaleza regulada de las actuaciones públicas, que no se limita exclusivamente a sancionar el acto administrativo que causa efectos directos a los particulares, sino a todas las actuaciones públicas que aún indirectamente pueden estar relacionadas con esa forma de actuar de las autoridades públicas.

Causales de nulidad que no se tipifican en forma detallada dentro de la normativa legal

Según quedó arriba referido la doctrina nos enseña que, por regla general las causales de nulidad, en tanto son de especial tratamiento, han de estar reguladas en forma expresa por la Ley, pues constituyen verdaderas excepciones al régimen de la invalidez de los actos administrativos, sin embargo de ello, en nuestra legislación el

principio referido no se cumple a cabalidad, pues del ejercicio mismo de la norma, podemos advertir al menos dos situaciones peculiares en su tratamiento:

CAUSAL DE NULIDAD TIPIFICADA EN FORMA GENERAL

Después de analizada la característica excepcional que ha sido reconocida a las causales de la nulidad absoluta de los actos administrativos, a la necesidad de su expresa regulación y determinación de sus límites, resulta un sin sentido hablar de causales de nulidad de carácter general, sin embargo, en nuestra legislación podemos encontrarlas y con tal alcance que nos hace comprender que la regla general que prima en la teoría ecuatoriana de la invalidez de los actos administrativos, es lo de la nulidad antes que lo de la anulabilidad.

La que en mi criterio constituye la causal de mayor generalidad que implica la nulidad de los actos administrativos, está contenida en la disposición general OCTAVA de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público, la cual a la letra dice:

“OCTAVA.- Será nula cualquier acción o acto administrativo que se produzca en violación de las disposiciones de esta Ley Orgánica”

Por su parte, el artículo 24 de dicha Ley Orgánica, mismo que establece los deberes de los servidores públicos, en su letra a) dice lo siguiente:

“Art. 24.- **Deberes de los servidores Públicos.-** Son deberes de los servidores públicos:

a) Respetar, cumplir y hacer cumplir la Constitución Política de la República, las leyes, reglamentos y demás disposiciones expedidas de acuerdo con la Ley.”

Previo a concluir sobre este punto, es necesario que el lector considere que la mayor parte de funcionarios públicos¹⁰² que emiten actos administrativos con afección importante para los particulares, están sometidos a esta ley, por lo que, al menos, cuantitativamente hablando, lo dispuesto en esta normativa legal podría, salvo mejor criterio, constituirse en la regla sobre el tratamiento de la invalidez de los actos administrativos.

Así pues, tómesese en cuenta que el literal a) del referido artículo 24 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCyCA), en forma general establece la obligación de los servidores públicos a cumplir con todas la normatividad jurídica vigente; por tanto, el irrespeto de cualquier norma, independientemente de su rango jurídico en forma directa vulnera lo dispuesto en la referida norma de la LOSCyCA, conducta esta que se encuentra sancionada con la nulidad del acto administrativo que encarne dicha violación, según así lo dispone la Disposición General Octava de la referida norma legal.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Esta norma que será detalladamente analizada en lo siguiente, en primera instancia perdería vigencia e incluso podría entenderse tácitamente derogada cuando la confrontamos con la disposición general Octava de la LOSCyCA en concordancia con el referido literal a) del artículo 24 del mismo cuerpo normativo, que podría interpretarse en forma similar a la norma del Estatuto, pero que encarnaría la sanción de nulidad para aquellos actos administrativos que vulneren el ordenamiento jurídico.

¹⁰² De conformidad con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCyCA), sus disposiciones son de obligatoria aplicación en todas las instituciones, entidades y organismos del Estado. Además son aplicables a las corporaciones, fundaciones, empresas, compañías y en general sociedades en las cuales las instituciones del Estado tengan mayoría de acciones o un aporte total o parcial del capital o bienes de su propiedad al menos en un cincuenta por ciento.

En este punto es necesario también confrontar el ámbito de aplicación de los dos cuerpos normativos referidos, con la finalidad de concluir sin temor a equivocarnos cual es la regla general que prima en el Ecuador con referencia a la invalidez de los actos administrativos, pues la contradicción existente nos habla, por un lado de la nulidad y por otro de la anulabilidad.

En este sentido, el artículo 100 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva nos dice que el ámbito de las disposiciones contenidos en el LIBRO II del “Procedimiento administrativo Común de la Función Ejecutiva” regula los procedimientos administrativos de la Administración Pública Central. De conformidad con el segundo inciso del artículo 2 de ese mismo cuerpo normativo, los órganos que componen la Administración Pública Central son: a) La Presidencia y la Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas; y b) Los ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos; las personas jurídicas del sector público forman parte de la Administración Pública Institucional de la Función Ejecutiva, a quienes NO les aplicaría la norma contenida en el Libro Segundo del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Por otro lado, si bien el artículo 3 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público es muy amplio al establecer su ámbito de aplicación, el artículo 5 excluye a los siguientes funcionarios:

Art. 5.- Servidores no comprendidos en el Servicio Civil.- No están comprendidos en el Servicio Civil:

- a) Los dignatarios o autoridades elegidos por votación popular;
- b) Los funcionarios elegidos o nombrados, conforme la Constitución Política de la República y Leyes correspondientes, por el Congreso Nacional o por el Presidente de la República;

- c) Los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que se rigen por sus propias leyes:
- d) Los dignatarios, autoridades o miembros de los cuerpos colegiados o de las corporaciones a cuyo cargo corre el gobierno de las instituciones del Estado;
- e) Los funcionarios y Servidores de la Función Legislativa que se rigen por su propia Ley;
- f) Los funcionarios y Servidores de la Función Judicial que se rigen por su propia Ley;
- g) Los trabajadores de las instituciones del Estado que se rigen por el Código del Trabajo; y,
- h) El personal docente e investigadores universitarios, técnico-docente, profesional y directivo que están sujetos a la Ley Orgánica de Educación, Ley de Educación Superior, Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional. Sin embargo, dicho personal y todo aquel servidor de Instituciones del Estado no comprendidas en el servicio civil, serán sujetos de los derechos, deberes obligaciones y prohibiciones que establece esta Ley y que no estén previstas en aquellas que las normen.

La última parte de este artículo es de vital importancia, pues generaliza al máximo el ámbito de aplicación del artículo 24 de la LOSCyCA, mismo que hace referencia a la obligación de respetar y cumplir la Constitución, las leyes, reglamentos y demás disposiciones expedidas con acuerdo a la Ley; por su parte, entendido que la Disposición General Octava está fuera del Título II “de los Servidores Públicos”, su ámbito de aplicación es tan amplio como el contenido en el artículo 3 de esta Ley, es decir, abarca a todas las instituciones, entidades y organismos del Estado. Por lo que,

sin temor a equivocarnos, podemos decir que, cuando un acto administrativo vulnera cualquier tipo de norma legal, es nulo de nulidad absoluta, efecto este que viene a constituirse en la regla dentro del espectro jurídico ecuatoriano.

Adicionalmente a ello vale recalcar el contenido del artículo 10 del Código Civil, en cual en forma imperativa dispone:

“Art. 10.- En ningún caso puede el juez declarar válido un acto que la ley ordena que sea nulo”

Ello conlleva a concluir que las nulidades establecidas en la disposición Octava de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa y de Unificación y Homologación de las Remuneraciones del Sector Público (LOSCyCA), son de la misma calidad o naturaleza que las que establece el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva bajo la denominación de “Nulidades de Pleno Derecho”¹⁰³, que en tanto tales no pueden ser convalidadas por ningún juez o autoridad pública, figura esta que se ve complementada por el citado artículo 10 del Código Civil.

Con la finalidad de concluir mi estudio sobre este punto, vale decir que la norma contenida en el artículo 100 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece un ámbito de aplicación circunscrito dentro del campo de influencia de la LOSCyCA, misma que por ser jerárquicamente superior y de vigencia posterior, se ha de entender que prima sobre el Estatuto, lo que a su vez implica que las disposiciones que sobre el mismo asunto, ambos cuerpos normativos, regulen y que adicionalmente a ello se contrapongan, como sucede en el caso de la disposición Octava de la LOSCyCA con el artículo 131 del Estatuto, primará aquella sobre éste, por tanto, en nuestro país la regla general en la teoría de la invalidez de los actos administrativos ha de ser la nulidad absoluta.

¹⁰³ Es el título de la norma establecida en el artículo 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que regula los efectos de los vicios inconvalidables.

PRECISIONES SOBRE LA NATURALEZA JURIDICA DEL ESTATUTO DEL REGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA

El análisis de este punto deviene en importante para los fines de este trabajo, cuando confrontamos el principio doctrinario en virtud del cual las nulidades deben constar en una norma jurídica de jerarquía legal o superior, con nuestra realidad, en la cual vemos el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Judicial regula el régimen de invalidez de los actos administrativos; en tal consideración este apartado tiene por finalidad advertir la validez o invalidez del Ejecutivo de normar la anulabilidad y la nulidad a través del llamado Decreto con fuerza de Ley¹⁰⁴ y por ende concluir sobre la procedencia del régimen jurídico establecido por ellas para efectos de la teoría de la invalidez de los actos administrativos.

A fin de tener un panorama amplio sobre la naturaleza del Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, seguiremos los comentarios que al respecto exhibe el Dr. Jorge Zavala Egas¹⁰⁵ en la publicación que de este Decreto Ejecutivo hace la Corporación Latinoamericana de Desarrollo (CLD).

El referido tratadista afirma que el Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva deriva de una delegación hecha por la Función Legislativa, mediante la cual, norma con fuerza de Ley, la estructura y trámites del Gobierno Central; lo cual lo lleva a concluir que este cuerpo normativo tiene rango legal. A efectos de sustentar su posición en primer término nos dice que debemos diferenciar entre Poder, Función y Órgano, en tanto el primero es único y ostentado por el

¹⁰⁴ La noción de Decreto con fuerza de Ley debe diferenciarse del Decreto-Ley, regulado por la Constitución de la República, según los tratadistas, esencialmente porque el primero nace de una concepción puramente doctrinal mientras que el segundo está plenamente identificado, aceptado y regulado por nuestra normatividad interna. La diferencia práctica sustancial es que el Decreto Ley, tiene la misma jerarquía que las Leyes Ordinarias y deriva de la pasividad del órgano legislativo de tratar en los plazos otorgados por la Constitución, propuestas del Ejecutivo calificadas de urgente y que cumplen una serie de otros requisitos establecidos por la Constitución. Por su parte Decreto con fuerza de ley, es una figura no regulada ni reconocida expresamente por nuestra legislación que es jerárquicamente inferior a la Ley y al Decreto Ley, pero superior a los simples reglamentos, en tanto pretenden regular por delegación, circunstancias reservadas para las Leyes.

¹⁰⁵ Cfr. ESTATUTO DEL REGIMEN JURIDICO DE LA FUNCION EJECUTIVA, Comentarios Dr. Jorge Zabala Egas, Ed. Corporación Latinoamericana de Desarrollo, 1994, pp. 65 a 80.

Estado, el cual lo ejercita a través de variadas Funciones que a su vez se componen por Órganos; en forma más simple podemos decir que el Poder, si bien es único y su titular es el Estado, es perfectamente divisible; y, a efectos de mejor funcionamiento, ha sido dividido y asignado a varias Funciones (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) las cuales lo ejercen a través de sus Órganos ejecutores. Por otro lado, afirma que la tendencia actual es la de otorgar más facultades al Ejecutivo, con la finalidad de que este goce de un cierto nivel de flexibilidad que le permita atender con mayor eficacia las cambiantes necesidades de los diversos órganos sujetos a su control. Es así que propone como ejemplo la Constitución Francesa de 1958, en la cual se le atribuyó al ejecutivo la titularidad de la función legislativa sobre determinadas materias con exclusión del Parlamento “materias que regulará el Gobierno a través de los llamados reglamentos independientes”

Entonces, concluye el Tratadista, si el poder ha sido fraccionado y distribuido por orden constitucional, no existe problema en que se lo distribuya nuevamente, siempre que se cumplan con las formalidades exigidas para tal efecto. En consecuencia, sí es procedente que exista una delegación de la Función Legislativa a la Función Ejecutiva, la cual se puede concretar a través de los siguientes mecanismos:

- La delegación recepticia, mediante la cual el legislador a través de la ley delegante expresa su voluntad de que el contenido de dicha ley sea rellenado por la norma de elaboración administrativa. Esta norma de elaboración administrativa pierde con ello el significado propio de su origen para convertirse en el contenido de la ley delegante y es que, en esta especie, la ley formal expedida por el legislador ha decidido en forma anticipada recibir el contenido de la ley delegada.
- La remisión normativa, que consiste en la orden del legislador para que la administración expida normas que integren y completen la ley formal expedida las mismas que tienen fuerza de ley.

- La deslegalización que es el fenómeno mediante el cual una ley elimina el rango normativo con el que debe ser tratada una materia determinada.

Zavala Egas afirma que con el Estatuto del Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva se han suscitado las dos últimas formas de delegación, es decir, la remisión normativa y la deslegalización.

1.- Afirma que existe remisión normativa cuando el Legislador dicta la Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada y en el artículo 17 textualmente dice:

“REORGANIZACION.- El Presidente de la República, tendrá la facultad de emitir disposiciones normativas de tipo administrativo dentro del ámbito del Gobierno Central para:

- a) Fusionar aquellas entidades públicas que dupliquen funciones y actividades, o que puedan desempeñarse más eficientemente fusionadas;
- b) Reorganizar y suprimir entidades públicas cuya naturaleza haya dejado de ser prioritaria e indispensable para el desarrollo nacional; o, que no presten una atención eficiente y oportuna a las demandas de la sociedad.

Se exceptúan de lo dispuesto en este artículo las entidades cuya autonomía se garantiza en el artículo 128 de la Constitución Política de la República; Petroecuador y sus filiales, el Instituto Ecuatoriano de Electrificación INECEL, la Empresa Estatal de Telecomunicaciones EMETEL y la Superintendencia de Telecomunicaciones, cuyos deberes y atribuciones se mantendrán como constan en sus respectivas leyes, de acuerdo con las cuales

podrán ser sujetos de procesos de reorganización que garanticen su eficiencia.”¹⁰⁶

Se pregunta Zavala, cómo puede ser que el Congreso Nacional atribuya funciones al Presidente de la República que solo pueden ser conseguidos a través de la emisión de una Ley, si no es por medio de una delegación legislativa; en el caso concreto, cómo puede el Presidente de la República suprimir una entidad pública creada por Ley, si no es mediante la emisión de una norma con rango legal. En consecuencia, en este caso, el Ejecutivo tendría competencias legislativas con la aprobación del propio Congreso Nacional.

2.- Por otro lado afirma existe una Deslegalización, es decir, el Congreso a través de una Ley ha dispuesto que una materia que debía ser regulada por esta Función del Estado, será desde esa fecha normada por las regulaciones que para ese efecto emita el Presidente de la República; afirma que ello se evidencia en la Ley de Modernización, en el artículo 40 y en la disposición Transitoria Primera, los cuales expresamente dicen:

“Art. 40.- REGIMEN ADMINISTRATIVO DEL EJECUTIVO.- Dentro de los límites que impone la Constitución Política, declárase de competencia exclusiva del Ejecutivo la regulación de la estructura, funcionamiento y procedimientos de todas sus dependencias y órganos administrativos. En el plazo máximo de tres meses, contados a partir de la vigencia de esta Ley, el Presidente de la República deberá mediante Decreto Ejecutivo expedir y promulgar el Nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En lo sucesivo, dicho Régimen Administrativo podrá ser modificado por el Presidente de la República a través de Decreto Ejecutivo de acuerdo a las necesidades de la Administración Pública.

¹⁰⁶ Ley No. 50: Ley de Modernización del Estado, privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, Registro Oficial No. 349 de 31 de Diciembre de 1993

DISPOSICIONES TRANSITORIAS: PRIMERA.- Hasta tanto se expida el nuevo Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, se estará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Administrativo”¹⁰⁷

De la lectura de esas dos normas, Zavala Egas concluye lo siguiente: en primer término, que el Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, estaba regulado previamente por una Ley, vale decir, por un acto normativo de rango legal expedido por el Congreso Nacional, quien a efectos de delegar el tratamiento de ese campo al Ejecutivo, en forma expresa decidió otorgarle la facultad de expedir un Estatuto para esos efectos; es decir, le facultó para que mediante acto del Ejecutivo norme una situación reservada para la Ley, que por congruencia, debe tener el mismo rango jurídico. Por otro lado, evidencia que la Ley de Régimen Administrativo fue tácitamente derogada cuando entró en vigencia el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y que si seguimos el axioma de que en derecho las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen, debemos forzosamente concluir que el Estatuto tiene rango legal, pues éste derogaría a la Ley de Régimen Administrativo.

3.- Finalmente nos dice que si consideramos al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva como un simple Reglamento, estaríamos contradiciendo lo dispuesto en la Constitución Política del Ecuador, en tanto éstos solamente pueden dictarse con la finalidad de aplicar una Ley, que obviamente debe ser preexistente, a la cual no podrá contradecir ni alterar sus preceptos. En el caso en cuestión, no existe una Ley que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva tenga que reglamentar o facilitar su aplicación, por el contrario, su vigencia implicó la derogación de la Ley que regulaba esta situación. Resulta por tanto ilógico equipararla con el Reglamento.

De todo lo anteriormente dicho, el Tratadista concluye que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva tiene rango legal, lo que a su vez nos

¹⁰⁷ Ibidem

permitiría deducir que es procedente el que este cuerpo normativo trate sobre la validez de los actos administrativos y por ende regule el tema de la inexistencia, de la nulidad y de la anulabilidad, en tanto no se vulneraría el principio jurídico que nos impele a tratar estos temas a través normas de jerarquía legal o superior.

Esta muy respetable posición doctrinaria, le encuentro, sin embargo, un punto débil y es el considerar que la facultad de regular el Régimen Administrativo del gobierno central, proviene únicamente de la voluntad del Legislador; y, por ende, en confundir que el deslegalizar una materia implica delegación de funciones; me explico: el reformado artículo 103 literal e) de la Constitución Política del Ecuador publicada el 27 de marzo de 1979, que se encontraba vigente a la fecha de expedición de la Ley de Modernización del Estado establece la facultad del Presidente de la República para organizar a los funcionarios públicos sujetos a él¹⁰⁸, a través del estatuto jurídico y administrativo que debería dictar.

Esto me lleva a concluir que es la Constitución, como norma Suprema, la que dispuso que el Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, deberá ser tratada y regulada por el propio Ejecutivo, a través de las herramientas normativas que la misma le provee, en este caso, a través de un Decreto Ejecutivo. Existe pues una deslegalización de la materia tratada, pero esto bajo ningún punto de vista puede ser entendido como delegación de funciones del legislativo al ejecutivo, según pretende afirmar el Autor arriba referido, sino que consiste en la ausencia de necesidad de normar una materia a través de la Ley, concediendo otras herramientas jurídicas, usualmente más efectivas, para tal regulación; en otras palabras, si la Constitución deslegaliza una materia y por su parte el Congreso Nacional, al regular tal decisión de la Carta Magna decide que el nuevo tratamiento será a través de Decreto Ejecutivo, ello no implica una delegación de funciones sino la creación de una nueva competencia.

¹⁰⁸ La organización de los funcionarios públicos, no debe entenderse limitadamente como los procedimientos tendientes a su nominación o remoción, sino en forma amplia comprendiendo también sus diversas competencias, lo que deriva en la forma como deberán ser ejercidas o lo que es lo mismo, los trámites o procedimientos que deberán adoptar para el cumplimiento de sus funciones, así como las reglas generales que deberán considerar en sus actuaciones; todos estos puntos son debidamente tratados por el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Este hecho hace que el Congreso Nacional pierda competencia para regular en forma directa los procedimientos de la Administración Central, sin embargo de lo cual, a través de la Ley de Modernización del Estado, materializa esta nueva competencia del Ejecutivo; pero este hecho no implica que el Estatuto tenga jerarquía legal. Dicho de otro modo, es la Carta Magna el instrumento jurídico que impele al Ejecutivo a normar su estructura procedimental y organizacional, despojando en forma tácita a la Función Legislativa de la competencia que hasta ese momento tenía para normar este mismo tema. Por ende, no existe en origen una delegación tácita o expresa que de alguna forma consista en trasladar las facultades o del Legislativo al Ejecutivo. Esta conclusión se refuerza aún más con el axioma: “nadie puede dar más de lo que tiene”; si el Congreso Nacional perdió por orden constitucional el poder de normar el régimen administrativo de la Función Ejecutiva, mal puede delegar esta competencia al Ejecutivo; por otro lado, es el Ejecutivo la nueva Función Competente para tratar este tema, no por delegación per se, sino por orden constitucional.

Así lo ha entendido incluso la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, quienes mediante sentencia No. 39-97¹⁰⁹, que en seguida paso a comentar en sus puntos más importantes, dice: Una de las contradicciones más latentes que existían entre el texto original del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y la Ley de Modernización del Estado, cuerpo legal que en cierta forma regula la competencia del Ejecutivo para normar su régimen administrativo, está relacionado con el Derecho de Petición y el establecimiento de límites a la competencia en razón del tiempo que tiene la Administración a efectos de atender esa prerrogativa constitucional. En efecto, el referido artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado, con la finalidad de garantizar el derecho de petición establecido actualmente en el artículo 23 numeral 15 de la Constitución Política del Ecuador, instauró en nuestro sistema jurídico la figura de la aceptación tácita vía silencio administrativo; para tal efecto consideró que la Administración Pública tiene un plazo máximo de quince días para pronunciarse sobre las solicitudes, peticiones o reclamos de los administrados, so pena de que una vez vencido el plazo, se entienda que tales solicitudes, peticiones o reclamos, sean considerados como tácitamente

¹⁰⁹ Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, Ministerio de Energía y Minas y Petrocomercial vs. Agipgas S.A. sentencia No. 39-97 R.O. 287 de 31 de marzo de 1998

aceptados, con la subsecuente pérdida de la competencia de la Administración para pronunciarse sobre ellos una vez concluido tal término. Por su parte, el artículo 127 del texto original del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establecía un plazo de sesenta días contados desde la recepción de la petición o reclamo del administrado, para que la Administración se pronuncie sobre él.

La contradicción es clara: en la Ley de Modernización se otorgan quince días y en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, sesenta, a efectos de que la Administración se pronuncie sobre las peticiones o reclamos del administrado. Sobre este puntual tema, en la sentencia de casación referida, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Función Ejecutiva, hace un claro análisis sobre la jerarquía normativa de estos dos cuerpos jurídicos, y, advierte que en la Ley de Modernización se regula la facultad del Ejecutivo para normar su régimen administrativo, señalando que la herramienta normativa a ser usada será el Decreto Ejecutivo, mismo que contendrá un Estatuto, esto con el objeto de diferenciarlo del reglamento y evitar las subsecuentes implicaciones constitucionales que tendría si se lo equipara a él¹¹⁰.

Sin embargo de ello, por elemental lógica jurídica y por respeto a la Constitución, concluyen que no es procedente darle una categoría legal al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y con ello admitir su prevalencia sobre la Ley de Modernización, en tanto siempre estará subsumido bajo la figura de Decreto Ejecutivo y éste, bajo ningún concepto podrá ser jerarquizado a nivel igual o superior a la LEY.

En conclusión, mi posición es que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva no tiene jerarquía legal.

¹¹⁰ Cfr. Velásquez Baquerizo, Ernesto, La nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador, Quito, Edit. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995, pp. 115-119

Pero ello nos lleva nuevamente al principio, es decir, dilucidar si es doctrinariamente correcto tipificar causales de invalidez de los actos administrativos a través de un “Decreto Ejecutivo”.

En mi opinión, el hecho de que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva regule las causales de invalidez de los actos administrativos, específicamente aquellas referidas a la nulidad y a la anulabilidad, riñe con el axioma jurídico que impele a normar estas situaciones a través de leyes; ante tal situación no podemos proponer argumento válido alguno. Sin embargo si podemos justificar esta separación de la línea tradicional, tanto con argumentos doctrinarios como con legales, que hace a no dudarle muy aceptable la intención del Ejecutivo al dictar su Estatuto.

Muchos de los Autores arriba citados e incluso otros como Ramón Parada¹¹¹, hacen referencia a la flexibilización existente en la concepción de la tradicional teoría de la división de poderes, en donde se está produciendo una constante aceptación en la confusión de las tareas propias de cada Función del Estado, concentrándose cada vez más en el Ejecutivo, hasta el punto de evidenciar la existencia de verdaderos “reglamentos independientes”¹¹² que permiten al Presidente de la República el normar materias reservadas antes exclusivamente para la Función Legislativa.

Dadas las tendencias globalizantes presentes en el mundo y sobre todo la necesidad de estructurar un aparato estatal rápido, preciso y competente, que satisfaga todas las necesidades de los administrados, se hace imperativo el contar con órganos eficaces que direccionen al País en rumbos de desarrollo y prosperidad. Es incontrovertible que las funciones del Estado, tal como son concebidas por la doctrina tradicional de división de poderes, no cumplen con ese elemental requisito llegando a tornar incluso en inoportunas y por ende en ineficaces, decisiones o resolución de vital importancia para la población; ello ha hecho necesario que las competencias sean redistribuidas y, considerando que el ejecutivo es quien está en contacto directo con esas realidades y

¹¹¹ Cfr. Parada, Ramón, Derecho Administrativo, Edit. Marcial Pons. Quinta Edición, 1993, Volumen I, p. 18

¹¹² Idem

por ende, conoce de primera mano los requerimientos necesarios, ha implicado que poco a poco se concentren en torno a él competencias que si bien tienen rasgos o naturaleza propias de otras funciones del Estado, su imperiosa y urgente necesidad ha tornado en procedente el cambio de titular. Todo esto siempre bajo la lupa del control de la democracia.

Ignacio de Otto, citado por Jorge Zavala Egas, vistas las nuevas tendencias en las Administraciones Públicas, incluso ha llegado a manifestar:

“...poco a poco, por unos u otros motivos, la Administración irá adquiriendo un importante papel en el ejercicio de la función legislativa. Amparada en las leyes de plenos poderes, en las técnicas de la delegación legislativa, de la deslegalización de materias, de los decretos-leyes, o en una supuesta potestad reglamentaria autónoma, y usando el monopolio de la iniciativa legislativa que le corresponde, el Gobierno convertirá al Parlamento en sumiso espectador de su producción normativa y, no satisfecho con ejercer la función legislativa entre bastidores, o con la carga de tener que justificar su ejercicio directo en razones de necesidad o urgencia, reclamará y conseguirá,, que se le atribuya la titularidad de la función legislativa sobre determinadas materias con exclusión del parlamento, materias que regulará el Gobierno a través de los llamados reglamentos independientes...”¹¹³.

Por otro lado, la figura doctrinaria de la deslegalización, que como se dijo, consiste en desjerarquizar el tratamiento normativo de una materia, nos permite también adoptar una posición que con fundamento justifique la flexibilización del axioma arriba referido. Sea cual fuere la intención que animó al Constituyente a considerar procedente el tratamiento del régimen administrativo del gobierno central a través de un Estatuto, debemos dejar bien en claro que tal disposición viene de una norma con jerarquía constitucional, por lo que no podemos hablar de una delegación o cesión de

¹¹³ Ob. Cit. Pp.66-67

facultadas. Ahora bien, es necesario resaltar que el régimen administrativo del gobierno central, cuya regulación, la anterior Constitución le otorgó al Ejecutivo, no hace referencia exclusivamente al tratamiento de los recursos humanos, sino también de sus competencias y esto a su vez implica los parámetros de acción, en donde necesariamente se verán reguladas las falencias de los actos administrativos y sus consecuencias en el administrado y en el espectro jurídico. Esto nos lleva a concluir que, constitucionalmente, está justificado el tratamiento de la teoría de la invalidez de los actos administrativos a través del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Con la finalidad de ahondar más en el tema de la flexibilización de axiomas jurídicos especialmente relacionados con la legalidad de ciertas actuaciones estatales, podemos citar como ejemplo el espectro jurídico del Arancel:

Es conocido que la importancia del principio de legalidad en el Derecho Tributario doctrinariamente es casi tan rígido como en el Derecho Penal, pues en ambos casos el Estado restringe derechos de jerarquía constitucional: en el primer caso el derecho a la propiedad y en el segundo, a la libertad. En todo caso, para una y otra rama del derecho, existe expresa disposición de que sean reguladas a través de normas de jerarquía legal, ello con el fin de evitar arbitrariedades y garantizar que el pueblo, a través de sus representantes legítimamente elegidos, sean quienes decidan sobre su viabilidad¹¹⁴.

Sin embargo, la historia nos ha demostrado que el Poder Legislativo, por su propia estructura, diseño y regulación, es un órgano que no puede tomar decisiones con la oportunidad que requieren ciertas materias para que sean efectivas, por lo cual el Constituyente ha creído conveniente trasladar tales competencias a un órgano por definición más ejecutivo.

¹¹⁴ La naturaleza de los derechos constitucionales protegidos que implican al Derecho Tributario y al Penal, hace que su tratamiento y discusión no se concentre en una sola persona, con el fin de evitar arbitrariedades, abusos o incluso la simple posibilidad de que la decisión que eventualmente se pueda llegar a tomar, sea inconsulta y por ende inconveniente para la colectividad. Es por ello que históricamente el órgano competente para su tratamiento ha sido la Legislatura, entendida esta como el Poder Estatal conformado por un conjunto de personas debidamente autorizadas por sus mandantes y que, al menos en teoría, decidirán siempre conforme los intereses del pueblo al cual representan.

El ejemplo más representativo de esta situación es el que regula la materia aduanera. No cabe duda alguna sobre la naturaleza impositiva de esta rama del Derecho, por lo que no es procedente tampoco cualquier reparo que de alguna forma propenda a decirnos que con su regulación no se afecta el derecho a la propiedad, sin embargo, en el artículo 257 de la Constitución se establece que: “El Presidente de la República podrá fijar o modificar las tarifas arancelarias de aduana”¹¹⁵; en otras palabras podemos decir que la tarifa de este impuesto puede ser modificada por el Ejecutivo de acuerdo a su mejor criterio.

Dentro de esta misma materia, podemos citar como ejemplo de la relajación del principio de legalidad, lo ocurrido con ocasión de la adhesión del Ecuador a la Comunidad Andina de Naciones y por ende el asentimiento a ser parte de la integración regional andina. Así:

A.- Como es de conocimiento de los lectores, cuando en el año de 1969 el Ecuador suscribió y ratificó el Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena), adoptó, sin reserva alguna, todos y cada uno de los objetivos, obligaciones y compromisos establecidos en dicho instrumento comunitario cuyo fin principal, según reza el último inciso de su art. 1, es el "procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión". Por otra parte, pero en el mismo orden de ideas, en el art. 3 literal d) de dicho Acuerdo se estableció como uno de los mecanismos primordiales para la consecución de este fin, la adopción por parte de todos los Países Miembros de la Comunidad Andina, el Ecuador entre ellos, de un Arancel Externo Común, instrumento con el cual armonizarían sus políticas arancelarias para con los países ajenos a la subregión. La importancia dada al arancel unificado, conlleva a que se considere a ésta herramienta jurídico-impositiva, como un medio imprescindible para lograr la Integración Andina

¹¹⁵ Constitución Política del Ecuador, art. 257

y el bienestar de todos los habitantes de la comunidad, que como se ha dicho, es el objetivo último del Acuerdo de Cartagena.

Con la finalidad de desarrollar los presupuestos jurídicos básicos del Arancel Externo Común, en los artículos 90 a 98 de la decisión 406 (codificación del referido acuerdo y que fuera publicado en el Registro Oficial No. 158 de 23 de Septiembre de 1997) se establecen las principales directrices en las que se enmarcará este instrumento jurídico, así como también las obligaciones que contrajeron los países miembros relativos a su adopción y posterior fortalecimiento; en este sentido el art. 90 de la Decisión referida a la letra dice:

"Art. 90.- Los Países Miembros se comprometen a poner en aplicación un Arancel Externo Común en los plazos y modalidades que establezca la Comisión"

Por su parte el Art. 98 del Codificado Acuerdo de Cartagena, en forma categórica establece el compromiso de cada Estado miembro a no alterar el Arancel Externo Común adoptado; así, la referida norma dice:

"Art. 98.- Los Países Miembros se comprometen a no alterar unilateralmente los gravámenes que se establezcan en las diversas etapas del Arancel Externo...."

Evidente es entonces que desde 1969, año en la que se suscribió y ratificó el Acuerdo de Cartagena, el Ecuador se comprometió a impulsar la integración regional y para ello, en forma expresa, a adoptar un Arancel Externo Común con los otros Miembros de la Subregión y una vez puesto en vigencia, a no modificarlo unilateralmente ni a adoptar medidas que de alguna forma lo afectaren.

Casi veinticinco años después y tras la gestión de numerosas comisiones negociadoras de los países miembros, mediante la expedición de la Decisión 370 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena de 26 de noviembre de 1994, se crea el tan anhelado Arancel Externo Común, lo cual significó el cumplimiento del compromiso contenido en el art. 90 de la Decisión 406 y sobre todo, el nacimiento de la Unión Aduanera Andina, que en sí constituye un paso importante en el proceso integracionista.

A fin de asegurar el cumplimiento de los compromisos adoptados a través de los distintos instrumentos comunitarios y de garantizar la eficacia de los logros alcanzados por los órganos de la Comunidad Andina y siempre en procura de propender a la integración y al bien de los habitantes de los países miembros, se aprobó el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, instrumento en el que el Ecuador, entre otros, se comprometió a :

"Artículo 4.- adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina .- Se comprometen además a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación"

B.- Toda esta sucesión de Normas Comunitarias, dentro del espectro jurídico interno del Ecuador ocasionó consecuencias de muy variada índole, mas en lo relacionado al tema que nos concierne, debemos identificar principalmente el acaecimiento de la delegación de parte de las potestades tributarias establecidas en el último inciso del Art. 257 de la Constitución por parte del Ejecutivo a favor de los órganos competentes de la Comunidad Andina, relacionadas específicamente con la materia arancelaria; me explico: a través del art. 90 de la Decisión 406, el Ecuador otorga a la Comisión del Acuerdo de Cartagena la potestad de establecer los parámetros del Arancel Externo

Común y paralelamente autolimita su potestad tributaria en este tema, al comprometerse a no efectuar ninguna alteración a los niveles arancelarios establecidos, así como a no adoptar ninguna medida que de alguna forma obstaculice la plena vigencia de la normativa andina, según así lo establece el citado Art. 98 de la Decisión 406.

Es muy importante establecer con claridad los fundamentos y límites de esa "delegación" de la potestad tributaria arancelaria del Ejecutivo (consignada en el Art. 257 de la Constitución) realizada a favor de los Organos Comunitarios de la Comunidad Andina, a fin de comprender el real alcance de esta flexibilización del principio de legalidad.

En este orden de ideas, debemos inicialmente realizar un estudio de la normativa constitucional y supranacional para identificar el mecanismo empleado por nuestras autoridades para dar vida práctica al Acuerdo de Cartagena. Inicialmente debemos analizar lo dispuesto en el inciso segundo del Art. 1 de nuestra Carta Magna, el cual a la letra establece:

"La soberanía radica en el Pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad, que ejerce a través de los órganos del poder público y los medios democráticos previstos en esta Constitución."

Como bien lo expone Mauricio Plazas Vega, la legitimidad de los órganos supranacionales pertenecientes a la Comunidad Andina, gozan de plena legitimidad para efectuar la Armonización Tributaria en el Sistema Andino de Integración, pues "la radicación del poder de imperio en el estado y no en el pueblo ni en la nación, a diferencia de lo que ocurre con la soberanía, permite que la facultad de establecer tributos no se predique inmediatamente del ejercicio mismo de la soberanía ... En suma, la soberanía es fundamento

mediato pero no inmediato del poder tributario"¹¹⁶. En otras palabras podemos decir, que el poder tributario radica en el poder de imperio del Estado, el cual a su vez se fundamenta en la soberanía, siendo por tanto esta su fundamento mediato; sin embargo la legitimidad de la delegación de este poder tributario, no depende de la soberanía sino mas bien del poder de imperio del Estado, el cual tiene esta prerrogativa gracias al encargo que realizan los soberanos a los órganos de poder. En definitiva, la soberanía sigue incólume, pero en lo que se refiere a la materia arancelaria, el poder tributario se ejerce ya no a través de las Instituciones Tradicionales Internas sino por medio de otros órganos del poder público comunes en la subregión. No se afecta pues a la soberanía, solamente se trasladan funciones a nuevos órganos de carácter comunitario.

Esa autorización soberana para la delegación a organismos supranacionales del ejercicio del poder tributario establecido en el último inciso del art. 257 de la Constitución, lo encontramos implícito en el numeral 4to. del art. 161 de la Carta Magna, cuando se establece la necesidad de una aprobación del parlamento ecuatoriano para la aprobación y vigencia de los tratados o convenios internacionales "que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la Ley". En consecuencia, la delegación referida sí es factible en nuestro país, tan es así que la otorgada a la Comisión del Acuerdo de Cartagena es válida y actualmente es respetada en forma cabal.

Se ha visto que la potestad tributaria arancelaria es una competencia del Ejecutivo establecida en la Constitución, la cual fue delegada a la Comisión del Acuerdo de Cartagena a través de un instrumento internacional que a su vez ha sido debidamente aprobado por el Congreso Nacional y que en tanto tal, ha cumplido con todos los requerimientos jurídicos para que dicha delegación surta plenos efectos y goce de legitimidad. Abundando en este

¹¹⁶ Plazas Vega, Mauricio, Derecho Comunitario Tributario, 1era Edición, Ed. Tamis, Bogotá, 2001, pp. 21-30

tema es necesario decir que, para la ratificación y vigencia del Acuerdo de Cartagena, sí existió el advenimiento necesario por parte del Poder Legislativo, por lo que la atribución de las competencias relacionadas con las tarifas arancelarias aduaneras, fue debidamente trasladada del Poder Ejecutivo a la Comisión del Acuerdo de Cartagena. No existe entonces ningún tipo de fragmentación o disminución de la soberanía, sino más bien una reafirmación de la misma en tanto se actuó conforme a las reglas y procedimientos establecidos en la Constitución.

Otro ejemplo de similar naturaleza es el contenido en el Código Tributario, referido especialmente al principio de legalidad y a los elementos constitutivos del tributo.

En primera instancia el artículo 3 del Código Tributario dice en forma imperativa que “La facultad de establecer, modificar o extinguir tributos, es exclusiva del Estado, mediante Ley; en consecuencia, no hay tributo sin Ley”.

Los elementos calificados como esenciales del tributo por parte de la doctrina y sin los cuales no podríamos hablar de su existencia y que por ende se ven intrínsecamente inmiscuidos en el mandato del artículo 3 del Código Tributario, son: Sujeto Activo, Sujeto Pasivo, Hecho Generador, Base Imponible, Tarifa, Exenciones y Deducciones.

Sin embargo de ello, en el artículo 4 del Código Tributario, al hacer referencia al contenido de la ley impositiva y por ende a la necesidad de su regulación por parte de normas de jerarquía legal, trata sobre la Tarifa y al respecto dice: “Las leyes tributarias determinarán... la cuantía del tributo o la forma de establecerla”. Esta disposición abre la puerta para que el Congreso Nacional, de considerarlo necesario, pueda mediante expresa disposición legal permitir que sea el Ejecutivo o cualquier otro órgano del Estado quien establezca el quantum del tributo, con lo cual se demuestra claramente otro caso que prueba la existencia de la flexibilización del principio de legalidad en nuestra legislación.

En conclusión, es evidente la flexibilidad del principio de legalidad en materia tributaria, a no dudarlo constituye un precedente de gran importancia al momento de justificar la regulación de la invalidez de los actos administrativos vía Decreto Ejecutivo.

La revocación de los actos administrativos

Apreciación doctrinaria

A efectos de tener un claro panorama relacionado con la ineficacia de los actos administrativos, consecuencia última de la teoría de la invalidez de los actos administrativos, en seguida paso a analizar en forma detallada y desde un punto de vista doctrinal, cuales son las causas que conducen a este efecto.

Consideraciones generales.

Se puede distinguir entre el fin de los efectos de un acto administrativo y la extinción del mismo. El acto administrativo puede dejar de producir efectos jurídicos por causas diversas, que son: a) agotamiento de su contenido; b) extinción de su objeto; c) cumplimiento de una condición resolutoria; d) decaimiento del acto; e) su retiro sin efecto retroactivo; f) cambio de este acto por otro. Analicemos cada una de ellas en forma detenida.

a) El agotamiento del contenido

El agotamiento del contenido puede producirse Como consecuencia de la expiración del plazo previsto por el acto mismo. Así ocurriría en el supuesto de la extinción de una licencia acordada a un funcionario. La ejecución del acto entraña también el

agotamiento de su contenido si con esta ejecución todas sus consecuencias jurídicas se transforman en operaciones materiales. Esto ocurre en los actos que por su propia naturaleza no son susceptibles más que de una sola aplicación. Así la ejecución de la orden de demoler un edificio que amenaza ruina.

b) La extinción por decaimiento del objeto del acto

La extinción por decaimiento del objeto del acto se produce, sea por la muerte de una persona, sea por la extinción de un objeto material. El primer supuesto ocurre en los casos de actos emitidos intuitu personae. Los actos que reúnen estas características son aquellos que no son valederos sino con respecto a la persona en nombre de la cual se han producido, y su validez con respecto a los sucesores del titular no es sino una excepción. Así ocurre con el nombramiento de los funcionarios.

c) Si se cumple una condición resolutoria

Si se cumple una condición resolutoria se pone, evidentemente, fin a los efectos jurídicos del acto, tal podría ser el caso de un acto administrativo en el que se conceden becas a niños mientras estos no trabajen.

d) La renuncia tácita o expresa por parte del interesado

La renuncia tácita o expresa por parte del interesado de los derechos generados por el acto implica la omisión de hacer aplicar aquél cuya ejecución no es obligatoria. Ello no trae aparejada la extinción de su validez, ya que ésta no se halla, en principio, influida por la voluntad de los particulares. Sin embargo, si la administración se abstiene durante un largo período de tiempo de aplicar un acto, esa actitud puede considerarse como un consentimiento tácito al retiro del mismo. Ese consentimiento

constituye la razón legal para el retiro del acto. En este supuesto, antes de retirarse el acto por el órgano competente, éste queda en plena vigencia y no está influenciado en manera directa por la voluntad del administrado.

e) El retiro sin efecto retroactivo de un acto

El retiro sin efecto retroactivo de un acto tiene como resultado el poner fin a los efectos del mismo ex nunc. El acto no producirá efectos en el futuro. Así puede ocurrir en caso de retiro de un acto legal por razones de interés general, retiro que no debe afectar los derechos adquiridos como consecuencia de la aplicación del citado acto, se revoca el acto administrativo por razones de oportunidad.

f) Cambio de acto por otro

En caso de que se cambie un acto por otro, independientemente del primero, tendremos consecuencias idénticas al caso del retiro sin efecto retroactivo. En cuanto a la extinción del acto puede producirse por distintos medios como analizaremos en seguida, siguiendo las directrices que nos da Manuel María Díez.

Revocación, abrogación e invalidación — Diferencias.

Por estos tres medios los actos administrativos se eliminan del mundo jurídico, vale decir se extinguen. Es necesario, en consecuencia, aclarar bien la terminología para evitar confusiones. Agregaremos que es frecuente entre nosotros hablar de invalidación cuando se trata de una revocación.

Vamos a hacer en primer término la distinción entre revocación e invalidación. A este respecto podemos señalar dos teorías fundamentales: la primera, que toma en

cuenta el órgano que interviene y la segunda que toma en consideración la causa de la invalidación. El primer criterio podremos llamarlo subjetivo y, de acuerdo al mismo, revocación es el retiro de acto del mundo jurídico, sea por motivos de legitimidad o de mérito y por la misma autoridad que lo ha producido. En cuanto a la invalidación, configura el retiro por razones de legitimidad y por un órgano diverso del que dio origen al acto: un órgano jurisdiccional, por ejemplo. En cuanto a la segunda teoría sigue un criterio objetivo: prescinde del sujeto que hace la eliminación y tiene en cuenta la causa, y por ello se dice que se revoca por razones de mérito y se invalida por razones de legitimidad.

La doctrina tras una nueva distinción continúa diciendo que la eliminación de un acto por la administración, cuando tuviera vicios de mérito, se podría llamar abrogación y si la eliminación ocurre por razones de legitimidad se podría llamar revocación, vale decir, son dos supuestos distintos de eliminación de un acto por la administración, distinción que tiene importancia en cuanto a los efectos.

Como consecuencia de todo ello resulta que mientras la abrogación producirá efectos *ex nunc*, la revocación producirá en general efectos *ex tunc*. Con este criterio, los franceses hablan de abrogación cuando los efectos se producen para el futuro y revocación retiro (*retrait*) cuando producen efectos con carácter retroactivo.

Los actos internos de la administración pueden revocarse, ya que de ellos no surge ningún derecho para los particulares. Los pareceres de los órganos consultivos pueden ser revocados por éstos antes de ser comunicados a la administración activa. También se pueden revocar por las entidades autárquicas los actos sujetos a aprobación antes que ésta se hubiere otorgado, ya que estos actos antes de aprobarse no producen efectos jurídicos. También puede revocarse aquel acto administrativo que no fuere notificado o publicado, precisamente porque no produce efectos.

En mi criterio, la teoría objetiva resulta más completa e ilustrativa, así tendríamos como revocación a la extinción del acto administrativo por razones de mérito con efectos ex tunc; a la abrogación, a la extinción del acto administrativo por razones de mérito con efectos ex nunc; y, a la invalidación a la extinción del acto administrativo por razones de legitimidad con efectos ex tunc.

Sin embargo de lo expuesto y dada la forma en cómo se han redactado las normas relacionadas con la invalidez de los actos administrativos, es procedente considerar a la abrogación como la invalidez de un acto por cuestiones de mérito y a la revocación cuando tal sentencia deviene por cuestiones de legitimidad.

Podemos hacer una clasificación de los actos, teniendo en cuenta que hayan creado derechos subjetivos a favor de los particulares o que no hayan creado derecho subjetivos. En este último supuesto cabrá considerar los reglamentos, que pueden ser abrogados o revocados en cualquier momento por la autoridad competente, ya que ella no puede abstenerse de antemano de revocar o de abrogar un reglamento si el interés público lo exige.

Si se tratara de actos administrativos de los que han surgido derechos a favor de los particulares, podríamos hacer también una distinción entre los actos regulares y los actos irregulares. Con respecto a los actos irregulares, vale decir, que tienen un vicio de ilegitimidad, la autoridad administrativa puede pedir su invalidación en sede jurisdiccional.

La revocación y otras instituciones jurídicas.

Determinado el concepto de revocación, es necesario señalar que este vocablo no es

exclusivo del derecho administrativo. En efecto, en derecho civil encontramos disposiciones referentes a la revocación de los testamentos y de los legados y a la revocación de las donaciones. También en el derecho procesal se utiliza la palabra revocación, y así se dice revocar una sentencia por contrario imperio.

La revocación no debe confundirse con la reforma. La doctrina enseña que si el acto tiene un vicio de mérito, la administración puede sustituir aquella parte viciada por otra que sea más conforme al interés público. La revocación implica retiro del acto. La reforma su modificación parcial.

La revocación debe distinguirse del decaimiento. Los actos administrativos pueden perder su eficacia jurídica independiente de la voluntad de la administración, por circunstancias supervinientes que hacen desaparecer un presupuesto de hecho o de derecho indispensable para su existencia. El nombramiento de un funcionario que requiere la calidad de ciudadano se vuelve ineficaz si posteriormente el interesado pierde su ciudadanía. Habrá entonces un decaimiento que no puede confundirse con la revocación.

Tampoco puede confundirse con la revocación a la caducidad. Si del acto administrativo nacen derechos y obligaciones para el administrado y éste no cumple estas últimas, corresponde que se declare la caducidad del acto, la que debe ser precedida por una intimación previa al interesado.

Es necesario, además, que el incumplimiento sea grave, se encuentre debidamente considerado en la ley, que se refiera a obligaciones esenciales impuestas por el ordenamiento jurídico en razón del acto y que sea imputable a culpa o negligencia del administrado.

Declarado caduco el acto, el administrado pierde los derechos que éste le hubiera conferido.

Nos referimos a la caducidad de los actos como una sanción pero reconocemos que con ese carácter puede también aplicarse a los contratos administrativos.

No puede confundirse la revocación con la renuncia, concebida esta última como la dimisión de un derecho operada por la sola voluntad del titular. La doctrina sostiene que no se puede aceptar que la renuncia es al derecho como la revocación es al acto jurídico. La revocación de un procedimiento administrativo no puede implicar una renuncia de parte de la administración.

La revocación no puede confundirse con el término ni con la condición. La diferencia deriva de la diversidad de forma, poder de emanación y causa de actuación. Para la revocación se requiere un acto nuevo en base a un poder distinto, por lo menos en la dirección, de aquel en base al cual el acto fue dictado. Se requiere para ello una nueva volición del sujeto agente, distinto en el tiempo y bajo todo otro aspecto de la voluntad que le dio origen. La condición y el término son acontecimientos previstos en el momento de la creación del acto, dependiente de la misma voluntad, frutos de la misma volición e incorporados a la misma forma.

Conviene distinguir también la revocación de la rescisión, entendiendo por ésta el medio de poner unilateralmente fin a una relación bilateral. Puede aceptarse como criterio discriminante para la diferenciación entre estos dos institutos, la diferencia basada en que la rescisión actúa sobre una relación, mientras que la revocación se refiere a un acto jurídico.

Para distinguir la revocación de la rescisión podemos decir que el efecto resolutivo

de esta última es integral, en el sentido de resolver íntegramente la relación jurídica, por lo menos en sus elementos esenciales. Por otra parte, constituye el elemento esencial y la finalidad directa del instituto de la rescisión, en el sentido de que no existe ningún interés en que mediante la resolución de la relación se trate de llegar a la reconstrucción de la situación jurídica anterior al acto en el cual tuvo nacimiento la relación. La reconstrucción, entonces, de la situación anterior al acto, no es considerada como una finalidad de la rescisión y por ello no es esencial. En consecuencia, el titular que rescinde no tiene mira sino a la resolución integral de la relación en sí y por sí, sin ninguna consideración ni al acto que fuera el origen de la relación ni al hecho de la eventual reconstrucción de la situación jurídica anterior. Por lo contrario, en la revocación, el efecto resolutivo integral de la misma no es un elemento esencial ni la finalidad directa del instituto. El elemento esencial y la finalidad directa del instituto es la reconstrucción de la situación jurídica antecedente: nos referimos a la situación antecedente a un acto o procedimiento que había producido modificación jurídica respecto a la relación; el efecto resolutivo de la revocación no es sino una consecuencia eventual.

También debe distinguirse la revocación del rescate, instituto que tiene gran importancia práctica en el campo de la concesión de los servicios públicos. Si bien la doctrina está concorde en la afirmación de que la revocación y el rescate no se identifican, se discute acerca de cuál debe ser el elemento que haya de hacerse valer como criterio distintivo entre los dos institutos. Se señalan como criterios diferenciales los siguientes:

- a) El rescate encuentra su fuente, no en la potestad genérica de la administración de proceder a la satisfacción de determinados intereses públicos, sino en una expresa disposición establecida en la ley o en el contrato. El fundamento en mérito del cual la administración puede proceder

al rescate puede ser de carácter fiscal y tener un fin de lucro.

b) El rescate, a diferencia de la revocación, implica necesariamente una indemnización del daño que ocasione al concesionario privado, indemnización predeterminada en cuanto se refiere al criterio para calcularla. La indemnización debe comprender no sólo el daño emergente sino también el lucro cesante, en mérito del cual se efectúa una conversión del derecho al ejercicio de un servicio público en un derecho a la indemnización.

c) Como el rescate se opera sobre la propiedad de los bienes que pusiera un particular para el ejercicio de la concesión, esa propiedad pasa obligatoriamente, como consecuencia del rescate, a la administración.

Caracteres de la revocación.

Si se parte de la base de que la revocación en manos de la Administración Pública no es sino una aplicación particular del poder genérico de desarrollar su actividad jurídica, se puede llegar a la conclusión de que la revocación tiene los siguientes caracteres:

a) En primer lugar la irrenunciabilidad de la potestad de revocación, característica, que deriva lógicamente de la irrenunciabilidad de la capacidad de actuar.

b) En segundo lugar, la intransmisibilidad de la potestad de revocar, que es también una consecuencia directa de la intransmisibilidad de la capacidad jurídica.

c) En tercer lugar, la imprescriptibilidad de la potestad de revocación –vista como facultad inmanente de la Administración–, en mérito a que no pueden prescribirse por

el no uso las facultades jurídicas que resulten de la capacidad jurídica del sujeto

Fundamento de la potestad de revocar.

Si se admitiera que la potestad revocatoria se basa simplemente en la facultad de actuar de la administración, en cuanto sujeto jurídico, se podría llegar a la conclusión de que todo acto es susceptible de revocación, opinión evidentemente excesiva.

El fundamento de la potestad de revocación debe surgir expresa o implícitamente de la norma jurídica. La potestad expresa puede ser específica o genérica. Puede en algunos supuestos, ser implícita, lo que ocurriría cuando a falta de una atribución expresa, toda una materia sea reservada, por disposición implícita del ordenamiento jurídico, a la esfera discrecional de la administración.

Cabe decir que la atribución del poder revocatorio de la administración debe surgir de una norma jurídica.

No es admisible como fundamento de la facultad de revocar, una simple auto-atribución de la autoridad de la que emana el procedimiento en el momento en que surja. No se acepta, en consecuencia, la reserva de revocación que se suele inscribir en el procedimiento administrativo en el momento de su emanación.

Ahora bien, si nos referimos específicamente a las de abrogación por razones de oportunidad o mérito y a la revocación por razones de ilegitimidad, podemos señalar que, en cuanto al supuesto de revocación, el fundamento es sencillo. En el estado de derecho, la administración debe observar la ley y, por ello, eliminar del mundo jurídico los actos que nacieron inválidos o que, si en su origen fueron válidos se tornan luego inválidos por modificación del ordenamiento jurídico. En cuanto a la

abrogación, por razones de mérito, se funda en la mutación superviniente de los presupuestos de hecho del acto jurídico original, en la modificación de las exigencias de interés público o en la apreciación de las mismas que debe satisfacer la administración. Como la administración debe proceder en la mejor forma posible a la satisfacción del interés público, si el acto resultara inadecuado, sea porque fueron mal apreciadas las circunstancias y los intereses generales en el momento en que fue dictado, sea porque en un momento sucesivo esas circunstancias y necesidades generales experimentan una modificación que tornan al acto no conforme con el fin perseguido, el acto debe ser abrogado. En estas condiciones, la administración tiene la facultad de retirarlo total o parcialmente para sustituirlo por uno más idóneo, si así lo creyera conveniente.

La influencia del interés público sobre la base del acto administrativo, se presenta bajo dos aspectos. Bajo el primer aspecto, tiene lugar un cambio del estado material de las cosas en la situación de hecho que dio origen al acto. En estos casos la abrogación del acto solamente ocurre cuando se produce una mutación en la valoración concreta del interés público que se había tomado en consideración al producirlo. La divergencia superviniente será jurídicamente relevante en función exclusiva del interés público. El mero cambio del estado de hecho imperante en el momento de dictarse el acto, no tiene influencia de ninguna especie si no se modifica la valoración del interés público. Solamente en el supuesto de que se modificara la valoración subjetiva del interés público procede la abrogación.

Bajo el segundo aspecto, puede permanecer inmutable el estado de hecho que dio lugar al acto, pero puede modificarse la valoración que de ese estado hizo la administración en función del interés público. La administración tiene, entonces, en ocasiones la facultad y en otras el deber de apreciar el interés público considerado como fin de toda acción administrativa. Se produce así un conflicto entre dos

valoraciones del interés público, que puede justificar la abrogación. En este supuesto habrá que examinar con cautela los supuestos de abrogación por modificación de criterio de la administración, al apreciar los presupuestos de hecho que dieron origen al acto, ya que la administración no tiene facultad para modificar ad líbitum los motivos del mismo.

La administración puede valorar genéricamente el interés público. La incompatibilidad entre esa valoración abstracta con aquella concreta realizada en el acto jurídico, puede determinar y justificar la abrogación. La abrogación resultará, entonces, del contraste entre el juicio específico referente al acto y el abstracto que la administración realiza relativo a la valoración genérica de sus propias exigencias en relación con el interés público.

El acto de revocación.

La revocación y por ende la abrogación consisten en eliminar un acto del mundo jurídico y por consiguiente también los efectos producidos por el mismo ya sea en forma retroactiva o con efectos ex nunc. Pero tanto la revocación como la abrogación no pueden considerarse como una simple cesación del querer de parte de la administración, requiriéndose, en consecuencia un nuevo y distinto acto volitivo dirigido a la eliminación de los efectos del acto de volición anterior. Por ello, entonces, el acto de revocación y el de abrogación tendrán una autonomía propia, formal y substancial, a falta de la cual no podrá concebirse una verdadera explicación de la actividad revocatoria. El acto de revocación o de abrogación tendrá naturaleza de acto administrativo, acto de la administración activa. Por medio del acto de revocación y de abrogación, la administración aplica unilateralmente su potestad en relación a los administrados.

El acto de revocación y el de abrogación tienen carácter de un verdadero acto de administración de contralor, en cuanto tratan de eliminar la divergencia del acto revocado con una norma jurídica o con consideraciones de oportunidad y conveniencia que hacen al mérito del acto administrativo.

Es necesario estudiar ahora la función, la estructura y la forma de los actos de revocación y de abrogación:

a) Función de los actos de revocación y de abrogación.-

Se trata de eliminar, ya sea ex tunc, ya sea ex nunc, los efectos producidos como consecuencia del acto administrativo eliminado. Como esa eliminación constituye, evidentemente una ulterior modificación de la relación jurídica nacida a consecuencia del acto revocado, surge que el acto de revocación o de abrogación tiene naturaleza constitutiva. Entonces la función del acto de revocación o de abrogación es la de modificar una relación jurídica y la naturaleza del acto es constitutiva.

b) Estructura.-

Se puede decir en general que a todo efecto jurídico le corresponde una determinada estructura dentro de la cual debe modelar la voluntad de los agentes para poder conseguir el fin reconocido por la norma. En este sentido, las figuras jurídicas de la autorización y de la aprobación son esquemas abstractos de actos jurídicos que la norma ha establecido para que la voluntad administrativa pueda realizar por sus medios la función de una autorización, de una aprobación, etc.

La estructura de un acto no puede confundirse con la forma del mismo, ya que

mientras ésta es un elemento del acto, la estructura sirve para la identificación de un determinado efecto jurídico. Un acto que tenga la estructura típica de una aprobación, puede presentarse bajo formas diversas.

El acto de revocación y el de abrogación reflejan un efecto típico: la eliminación de un acto de la vida jurídica. Pero la tipicidad del efecto no corresponde a una tipicidad de la estructura material. La voluntad de la administración que revoca o abroga un acto administrativo debe modelarse sobre la estructura del acto revocado o abrogado, lo que es lógico porque se trata de una voluntad negativa igual y contraria a la positiva que dio origen al acto. La doctrina afirma, en consecuencia, que el acto de revocación o de abrogación tiene una estructura neutra con una función típica; la eliminación tiene un acto antecedente.

Su estructura deberá entonces modelarse sobre el esquema estructural del acto revocado, modificándose entonces, de una vez a otra, de acuerdo con este último. Teniendo en cuenta el carácter neutro de la estructura del acto de revocación o de abrogación, cabe decir que no podrá ubicársele entre alguna de las especies de los actos administrativos clasificados en relación a su contenido.

Dijimos que el acto de revocación es unilateral. Podemos agregar que nunca es bilateral y menos un contrato. En general, si el acto revocado o abrogado es definitivo, vale decir, no está sujeto a ningún contralor jerárquico, igual carácter tendrá el acto de revocación o de abrogación.

Desde el punto de vista de su contenido, el acto de revocación es negativo. Desde el punto de vista formal, es positivo. El acto de revocación contiene siempre una declaración de voluntad. Ello es obvio, porque no podrá revocarse una declaración de voluntad mediante un juicio, una opinión, un parecer, o por medio de una

manifestación de sentimiento, ya que existe incompatibilidad de contenido. Conviene agregar que los actos de la administración consultiva y las manifestaciones de sentimiento, o son meros actos administrativos o son momentos de actos administrativos complejos o de procedimiento administrativo. Los meros actos administrativos no son revocados, sino que son simplemente retirados cuando los órganos lo consientan. Por lo que hace a las manifestaciones de sentimiento, constituyen, en algunos supuestos, manifestaciones de deseos, que no pueden producir efectos jurídicos y que, por lo tanto, no son susceptibles de revocarse. Estas manifestaciones solamente podrán retirarse.

c.) Su forma.

Corresponde ahora considerar la forma del acto de revocación o de abrogación, es decir, el modo en que se manifiesta la voluntad. El acto de revocación o de abrogación debe revestir siempre la forma del acto revocado o abrogado. Se trata simplemente de la aplicación de un viejo principio en virtud del cual los actos se eliminan en la misma forma en que son creados. En este sentido, un decreto o una deliberación no podrán ser eliminados sino por medio de otro decreto o deliberación. Si el acto revocado o abrogado es motivado, también deberá serlo el acto de revocación o abrogación.

Los actos administrativos, si son concretos no producirán sus efectos hasta que sean notificados a su destinatario, como ya lo dijimos. De allí, entonces, que el acto de abrogación o de revocación debe también ser comunicado. En esos supuestos, la falta de comunicación del acto de revocación o de abrogación deja subsistente el acto revocado o abrogado. Entre la forma del acto revocado o abrogado y el de la revocación o abrogación existen correlación y substancial analogía. Si la norma, o el fin que se quiere obtener, exigen que la voluntad se manifieste en cierta forma, la

voluntad negativa que implica una acción igual y contraria a la anterior, debe seguir la misma forma.

Si el efecto del acto que se elimina se ha producido mediante una declaración no formal de voluntad, nada obsta a que la eliminación se produzca mediante un nuevo acto de voluntad que también sea no formal. Pero si existiera una forma determinada para la producción del acto a eliminar, no se puede admitir que la eliminación de los efectos producidos por ese acto pueda obtenerse sin observar las formas requeridas para la producción del acto que se elimina. De allí que la revocación o abrogación de un acto escrito deba realizarse únicamente por medio de otro acto escrito y que la de un acto publicado, notificado o registrado exija que el acto de revocación o abrogación también se publique, notifique o registre.

Órgano competente para revocar o abrogar.

En general se puede decir que a toda facultad concreta y positiva de dictar un acto corresponde una facultad autónoma de revocarlo o abrogarlo siempre que el órgano que así proceda conserve legalmente la facultad de resolver en la materia a que el acto se refiere.

Si el órgano que quiere revocar o abrogar el acto ha perdido su facultad por el transcurso del tiempo, no puede dictar el acto revocatorio o abrogatorio. En el mismo sentido los órganos de la administración consultiva que dictan sus actos a requerimiento de otro órgano, no pueden revocarlos o abrogarlos cuando fueran comunicados al requirente. Podrá ocurrir que el órgano consultivo fuera nuevamente requerido por el órgano activo, en cuyo caso resurge la competencia y puede revocar o abrogar el acto.

En las relaciones que derivan del contralor, relaciones subjetivas entre la administración activa y los entes autárquicos, como que la primera tiene poder de contralor sobre la actividad desarrollada por la segunda, es lógico que pueda revocar los actos que dictara la entidad controlada. Creemos, sin embargo, que no podrá abrogarlo, ya que la apreciación de la oportunidad y conveniencia del acto compete exclusivamente al órgano controlado salvo disposición legal en contrario.

En la escala jerárquica, el superior conserva siempre el poder de revocar y de abrogar los actos del inferior, ya que puede examinar la legitimidad y el mérito de los mismos. Si el órgano inferior tuviera una atribución directa y exclusiva de competencia, el superior no podría revocarlos o abrogarlos y sólo podría darle órdenes o instrucciones de servicio.

En caso de que la competencia del inferior no fuese exclusiva, el órgano superior puede revisar el acto después que haya sido dictado y revocarlo o abrogarlo. Si el superior jerárquico se avocara al conocimiento de un asunto, el inferior pierde el derecho de dictar el acto en esa materia y, en consecuencia, no ha de poder revocar o abrogar el que dicte el superior. En el mismo sentido se dice que el órgano jerárquicamente inferior no puede tener competencia para revocar o abrogar los actos emanados del superior, sea que éste haya actuado en ejercicio de competencia propia y exclusiva, sea que lo haya hecho en base a una competencia excepcionalmente atribuida a todo un complejo de órganos, sea que haya actuado, como ya dijimos, en mérito de avocación de una competencia que originariamente pertenecía al órgano inferior. El reconocimiento de facultades al inferior en este sentido significaría aceptar una facultad inadmisibles de éste para revisar el acto del superior, aun cuando fuera con el fin limitado de adecuarlo a las cambiantes exigencias del interés público. En caso de que el superior delegara atribuciones en el inferior, el delegado, mientras conserve esas facultades, podrá revocar o abrogar los actos que dictare en ejercicio

de las mismas y los que precedentemente hubiera podido dictar el delegante. Terminada la delegación y asumiendo el órgano superior las atribuciones que había delegado, éste podrá revocar o abrogar también los actos dictados por el delegado.

Corresponde considerar ahora la eventualidad de que contra el acto del inferior se haya interpuesto un recurso jerárquico. Como estamos actuando dentro de la pirámide jerárquica, es lógico establecer qué órgano será competente para efectuar la revocación o la abrogación.

Si el inferior revocara o abrogara el acto pendiente de la decisión en recurso jerárquico, el superior, como órgano contralor, deberá declarar que no procede recurso. Si el superior jerárquico resolviera, en mérito del recurso jerárquico interpuesto, que el acto es válido, el inferior no tendrá facultad para revocarlo o abrogarlo. Si el recurso jerárquico fuera acogido y el superior revocara o abrogara el acto, podrían aparecer nuevos motivos que aconsejaran considerar el asunto en forma diversa a la que aquél hiciera. En este supuesto corresponderá al inferior considerar la situación creada y buscar la solución que exige el interés general, pero el inferior no podrá en ningún caso revocar o modificar el contenido del pronunciamiento del superior, reproduciendo en todo o en parte los mismos motivos que el superior ya ha rechazado, porque el particular que hubiere interpuesto recurso jerárquico con un resultado favorable, tiene derecho a que la resolución se mantenga.

En este supuesto de recurso jerárquico, la actividad del superior no se funda solamente en una mera relación de jerarquía sino que existe también una relación de contralor. Vale decir que en este caso se comparará el acto sometido a recurso jerárquico con aquél que debió haberse dictado, considerando los motivos que lo inspiraron, y analizando los vicios de legitimidad y de mérito.

En todos los supuestos de revocación a que hemos aludido, nos referimos a actos administrativos con vicio de ilegitimidad de los que no surte un derecho subjetivo a favor de los particulares.

Potestad para revocar y abrogar.

Si se considera que por medio de la revocación y la abrogación se trata de modificar la relación jurídica que había nacido del acto revocado o abrogado, puede decirse que la revocación y la abrogación constituyen la exteriorización de un poder positivo. No puede entenderse que la potestad de revocar o abrogar sea simplemente la contraria de la potestad de emanar, ya que considerando la revocación y la abrogación como una ulterior modificación de la relación jurídica que nació del acto, debe admitirse que es una potestad paralela, consistente en la emanación de un nuevo acto jurídico, en cuanto éste tenga por resultado eliminar los efectos del primero y volver a la situación anterior al dictado del acto que se revoca o abroga.

Hay que vincular la potestad de revocar y de abrogar con el poder de iniciativa relativo a la modificación de la relación jurídica. La potestad de revocar y de abrogar es simplemente una forma particular de la potestad ordinaria de acción jurídica que corresponde a todo órgano que tiene competencia para actuar. Tendrá, entonces, la naturaleza de una actividad administrativa activa, de la misma forma que toda otra actividad dirigida a conseguir de un modo concreto la satisfacción de los intereses públicos. El fundamento de esta potestad de revocar o abrogar será el mismo que el fundamento de la genérica potestad de acción de la administración activa y sus límites serán los ordinarios de esa potestad.

La potestad de revocar y abrogar es intransmisible e irrenunciable. Es también imprescriptible, vale decir que no se sujeta a los límites de tiempo. Se dice también

que es discrecional, discrecionalidad que se revela no solamente en el ejercicio sino también en el contenido, o sea la apreciación del objeto de la revocación o la abrogación. La potestad de dictar un acto, como la de revocarlo o abrogarlo es, como dijimos, una exteriorización de la capacidad de actuar que tiene la administración y no un verdadero derecho subjetivo. De allí que el titular de la potestad de revocar o abrogar, no tiene frente a sí a un obligado, sino a un sujeto que debe sufrir el ejercicio del poder como una necesidad jurídica, porque éste no puede querer que el efecto no se produzca.

Efectos de la revocación y de la abrogación.

Para estudiar los efectos es necesario considerar si el acto se elimina en mérito a situaciones de hecho o de derecho existentes en el momento en que fuera dictado o como consecuencia de motivos supervinientes. Si la eliminación ocurriera en mérito a los motivos existentes en el momento en que fuera dictado, la abrogación produce, naturalmente efectos ex nunc y la revocación produce efectos ex tunc. Si se tratara de eliminar el acto en virtud de circunstancias de hecho o de derecho supervinientes, la situación que se plantearía sería la siguiente: la abrogación del acto tendría, como en el caso anterior, efectos ex nunc. En cuanto a la revocación, como se trata de eliminar un acto que ha nacido válido y luego se vuelve ilegítimo por la modificación del ordenamiento jurídico, es lógico pensar que no podrá producir sino efectos ex nunc, vale decir, desde el momento en que se dicte el acto de revocatoria considerando el nuevo ordenamiento jurídico que dio origen a la ilegitimidad del acto que había nacido válido. Como la revocación operaría sobre un acto que ha nacido válido, evidentemente no podrá ser retroactiva, ya que no podrá eliminarlo durante el tiempo en que el acto fuera válido. Es decir, que en estos casos el acto de revocación elimina la capacidad de producir cualquier efecto para el futuro, pero no afecta a los que ya se hubieren producido. Se elimina, entonces, la posibilidad de

adquirir nuevos derechos, en base al acto revocado, pero se respetarán derechos ya adquiridos. En consecuencia entendemos que el administrado que se siente perjudicado por esa situación, derechos nacidos de un acto válido que se transforma en ilegítimo, podrá interponer la correspondiente acción procesal-administrativa de plena jurisdicción. A este respecto podría ocurrir que al revocar el acto se contemplara esta situación, transformando el derecho adquirido en un equivalente económico. Ello no significaría necesariamente un resarcimiento de daños y perjuicios, porque si la administración actúa en ejercicio de sus derechos no puede ocasionar daños.

Si se hubiera otorgado al particular una autorización para el ejercicio de una actividad material y ésta resultara peligrosa, podría, como ya dijimos, ser abrogada si la administración hubiera apreciado mal las circunstancias de hecho que le dieron origen o cuando surja un peligro por causas sobrevinientes. Ello es evidente porque el interés del particular, aun cubierto por una autorización administrativa, no puede poner en peligro la seguridad de la colectividad. Por lo que respecta a la indemnización a otorgar al afectado por el acto de abrogación, pueden presentarse dos supuestos. Si las circunstancias en base a las cuales se abroga una autorización fueran supervinientes o hubieran sido ocultadas por el interesado, no habría lugar a la indemnización. Si la administración hubiera errado en la apreciación de los hechos que dieron origen a la autorización y éstos se mantuvieran constantes, modificándose únicamente la apreciación subjetiva, habría lugar a la indemnización.

Si se tratara de una concesión de servicios públicos, la revocación o abrogación extingue el derecho del concesionario a seguir ejerciendo esa actividad, aun cuando continúa siendo titular de los bienes afectados a la prestación de servicios. Como de la concesión que se extingue ha nacido, sin embargo, un derecho subjetivo a favor del concesionario, la revocación o abrogación dará lugar a una indemnización.

También se debe indemnizar en los casos en que se revoca o abroga una concesión de uso de dominio público. En ambos supuestos, el nacimiento de un derecho subjetivo a favor del concesionario justifica la indemnización.

Es posible que la revocación o abrogación produzca consecuencias en la situación jurídica de los terceros extraños a la relación entre la administración y los destinatarios de los actos administrativos. Para estos terceros, frente a la administración, las consecuencias son, en general, de mero hecho y no engendran, en los que las sufren, protección jurídica. La situación es distinta con respecto a los acreedores de los destinatarios de los actos administrativos, que pueden ser considerados como terceros frente a la administración. En caso de que estos terceros tuvieran derechos personales o reales sobre la esfera jurídica del destinatario del acto administrativo, la revocación o abrogación de dicho acto influirá en la esfera jurídica de los terceros, con distintos efectos según sea la naturaleza del acto revocado o abrogado. Aún en este supuesto, el tercero no tendrá una acción directa contra la administración y solamente podrá ejercitar una acción subrogatoria, sustituyendo al destinatario del acto en el ejercicio de las acciones que a éste le competen contra la administración. En este sentido, el tercero acreedor puede pedir que se le entregue la indemnización que correspondería al destinatario del acto como consecuencia de la revocación o abrogación del mismo. En el supuesto de que no correspondiera indemnización, el tercero no podría reclamar en este sentido al destinatario del acto administrativo, porque la revocación o abrogación es un acto independiente de su voluntad.

La doctrina hace una distinción en cuanto a los efectos de la revocación o abrogación, en base a la situación del destinatario frente al acto revocado o abrogado. Los actos pueden ser favorables o desfavorables, según creen a su favor derechos o poderes o impongan obligaciones y deberes, vale decir, según se amplíe o restrinja la

esfera jurídica del sujeto del acto. La doctrina enseña que pueden revocarse o abrogarse libremente los actos que creen obligaciones para los destinatarios y, por el contrario, sería limitativa la revocación o abrogación de los actos que le sean favorables.

Límites de la potestad de revocar o de abrogar.

Como que la finalidad de la revocación y de la abrogación es tener una mayor adecuación de una relación jurídica con el ordenamiento jurídico y el interés público actual, es lógico pensar que esa potestad tendrá que desarrollarse dentro de ciertos límites. Si una norma establece implícita o explícitamente la potestad de revocar o de abrogar, puede indicar también límites más o menos precisos para el ejercicio de esa potestad, señalando específicas condiciones de hecho en concurso de las cuales únicamente la administración puede hacer uso de su potestad. Las condiciones de hecho a que nos referimos pueden ser más o menos precisas, quedando en este último supuesto un margen de discrecionalidad que habrá de usar la administración. Si no existe la norma que faculta en forma expresa y específica para revocar o abrogar y, si existiendo, no indica específicamente las circunstancias de hecho a las cuales debe subordinarse la aplicación de la potestad revocatoria, el problema se presenta más difícil. Si la potestad de revocar o de abrogar no está condicionada por la norma a la existencia de específicas condiciones de hecho, esa potestad puede ser ejercida con miras a la satisfacción de un determinado interés público, del mismo orden y naturaleza que aquel requerido para la emanación del acto que se va a revocar o abrogar.

Si la administración tiene una potestad genérica de evaluación del interés público con el fin de dictar el acto, su potestad revocatoria o abrogatoria tendrá idéntica amplitud. Por lo contrario, si la potestad de dictar el acto está ligada a la subsistencia

o insubsistencia de condiciones específicas, un ámbito idéntico debe requerirse para la potestad abrogatoria. En este último supuesto la potestad de abrogar podrá aplicarse:

a) En el caso de comprobarse que el acto se había dictado con un vicio de inoportunidad inicial, la abrogación no podrá realizarse sino en el caso en que ese mismo acto traduzca una inoportunidad actual.

b) También procederá la abrogación en el supuesto en que cambien las circunstancias de hecho que eran las requeridas taxativamente para la emanación del acto.

c) Cuando sobrevenga un cambio de criterio o de conocimientos técnicos o técnicos administrativos, por los cuales se deben considerar como subsistentes determinadas condiciones de hecho cuya subsistencia era necesaria para dictar el procedimiento.

d) Por último, si se aprecian en forma diversa las condiciones de hecho requeridas por la norma para la emanación del acto como consecuencia de un error inicial de juicio o de apreciación de la autoridad administrativa que lo haya dictado. En estos supuestos, el error inicial en la apreciación de las circunstancias de hecho puede dar lugar a la abrogación cuando el acto que se abroga no es actualmente oportuno o conveniente.

El problema de los límites de la potestad revocatoria y abrogatoria lo hemos de referir únicamente a los actos administrativos especiales, ya que los reglamentos, como hemos dicho anteriormente, pueden abrogarse y revocarse en cualquier momento como las leyes. Por lo demás debe considerarse solamente con referencia a

los actos eficaces y perfectos que producen efectos con relación a terceros.

En los casos de revocación por causa de ilegitimidad superviniente, ésta puede realizarse en cualquier caso y en todo momento, ya que es un deber del órgano que ha dictado el acto condicionarlo con el ordenamiento jurídico. Si se trata de abrogación por razones de conveniencia, es necesario distinguir los actos que resulten de una actividad reglada de los que provengan de una actividad discrecional. Si el acto es legítimo y válido y se dicta en ejercicio de facultades regladas, no podrá abrogarse por causa de oportunidad, ya que la administración estaba obligada a dictarlo en esas condiciones.

Las autorizaciones o permisos de policía no serán revocables ni abrogables si la actividad permitida hubiera sido iniciada y se encontrara en curso de ejecución. Por ello los actos de efectos instantáneos que no se prolongan en el tiempo no son susceptibles de revocación aunque fueran ilegítimos, ya que cualquier modificación que se operara no puede alterar el acto que ya ha producido todos sus efectos. La revocación y la abrogación sería solamente posible para los actos que produjeran efectos durante cierto tiempo y solamente mientras tales efectos se están produciendo. Si el acto se ha dictado en base a ciertos requisitos podrá ser revocado si luego se comprueba la imposibilidad de que se produzcan. Así un título académico o un nombramiento extendido por error en la persona. También una patente otorgada en base a documentos falsos.

La revocación y la abrogación tienen límites que provienen en parte de las leyes y en parte de ciertos principios jurídicos. Estas limitaciones se refieren a actos administrativos favorables al administrado y tienen por finalidad la de proteger los derechos y las situaciones jurídicas del destinatario. La abrogación y la revocación tienen su límite más general en el derecho del destinatario.

Un acto administrativo favorable funda un derecho del destinatario sólo cuando asegura algo a éste de un modo positivo. Un principio diferente ocurre cuando el acto administrativo permite algo que está prohibido bajo reserva de permiso. En esos supuestos no se concede nada positivo al destinatario sino que se le restablece su libertad natural de acción. Lo que se protege con la limitación de la revocación y la abrogación es el derecho público subjetivo, entendido como el derecho de exigir algo al Estado o de poder hacer algo frente a él. El hecho de que la vida moderna se halla en una dependencia cada vez mayor de los actos administrativos aseguradores de derechos, ampara de manera creciente la tendencia a ampliar las limitaciones de la abrogación y la revocación mediante una interpretación extensiva del bien protegido.

Inmutabilidad del acto administrativo.

En lo que sigue nos hemos de referir a los actos que emanan de la administración activa y tienen un contenido administrativo, vale decir, los actos administrativos especiales. No entran en consideración, entonces, aquellos actos que emanan de la administración pero tienen un contenido jurisdiccional o tienen un contenido legislativo. Ello es así porque los primeros son irrevocables, ya que tienen la característica de hacer cosa juzgada judicial, y en cuanto a los segundos, que son los reglamentos, son esencialmente abrogables o revocables, de manera que tampoco para ellos juega la inmutabilidad. El problema de la inmutabilidad de los actos administrativos da lugar a lo que los autores han llamado la cosa juzgada administrativa. Se extiende, entonces, al derecho administrativo un concepto propio del derecho procesal: el de la cosa juzgada.

Los procesalistas distinguen el efecto formal y el efecto material de la cosa juzgada. El efecto formal o la cosa juzgada en sentido formal, se refiere a la inmutabilidad

relativa de un acto estatal. Quiere decir que no se puede reabrir la discusión en el mismo proceso pero puede serlo en uno subsidiario. La cosa juzgada en sentido material se refiere a la inmutabilidad absoluta de un acto. Éste queda invariable; no puede ser modificado por la autoridad que lo realiza o por otra autoridad cualquiera, sea superior, del mismo rango o inferior a aquélla.

Cabe agregar que puede haber cosa juzgada formal sin que haya cosa juzgada material, pero lo inverso no es cierto porque la cosa juzgada material tiene como presupuesto la cosa juzgada formal.

La cosa juzgada administrativa se expresa para representar la irrevocabilidad de ciertos actos administrativos que han de resultar firmes para la administración en sede administrativa. La doctrina no es uniforme en esta materia de la inmutabilidad de ciertos actos administrativos, y hay una tendencia que se opone a que se extienda la institución de la cosa juzgada, que es propia del derecho procesal, al campo del derecho administrativo, mientras que otros autores opinan que debe aceptarse la inmutabilidad de ciertos actos administrativos.

Puede aceptarse la inmutabilidad del acto administrativo siempre que presente los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un acto administrativo especial, vale decir, que provenga de la administración activa, que sea unilateral y que tenga un contenido administrativo.
- b) Que del acto haya surgido un derecho subjetivo a favor de un particular. Poco importa que el acto haya nacido de la actividad reglada o de la discrecional de la administración. Ello es así porque el derecho subjetivo habrá surgido, sea que la administración actuara en ejercicio de sus facultades regladas o discrecionales. Si el

Estado sacara a licitación una obra pública determinando las condiciones, no tendrá ninguna limitación, salvo las que provengan de sus propias instituciones o leyes. Ahora bien, contratada la obra con un tercero, queda sujeto, como el mismo tercero, al cumplimiento de las obligaciones que ha contraído. La obligatoriedad del contrato suscrito es innegable, aun cuando se hubiera celebrado en ejercicio de facultades discrecionales.

c) Debe tratarse de un acto regular. Si fuera irregular y tuviera vicios graves la jurisprudencia establece que puede revocarlo la administración. Si tuviera vicios leves, como por ejemplo error de hecho, ha entenderse que es un acto regular y, en consecuencia, irrevocable en sede administrativa.

d) Es necesario que el acto administrativo no sea susceptible de ningún recurso en sede administrativa. Es decir, que el acto causa estado, es definitivo, vale decir, que ha puesto fin a una cuestión y que ya ha sido objeto de recurso jerárquico que haya agotado la vía administrativa, o que no sea susceptible de ningún recurso jerárquico. Es decir, que son actos firmes los que fueran consentidos por el particular afectado, sea por haber dejado vencer el término legal o reglamentario para recurrir jerárquicamente o a la justicia, sea porque el sujeto afectado lo hubiera consentido en otra forma. Los actos firmes pueden causar cosa juzgada porque son asimilables a los que causan estado.

En otro orden de ideas podemos estudiar los momentos en que es posible oponer la inmutabilidad por la administración contra el particular y por el particular contra la administración. La administración puede invocar la inmutabilidad contra el particular una vez que el acto causa estado y queda firme. Si el administrado se ha notificado y consentido el acto, dejando transcurrir los plazos para recurrir de él o ha agotado la instancia administrativa, ya no puede pretender que la administración revise,

modifique o suprima ese acto. En este supuesto, la inmutabilidad juega a favor de la administración y contra el particular. En cuanto al particular, puede invocar la inmutabilidad del acto contra la administración que lo expidió desde que haya sido notificado del mismo. De allí, entonces, que el administrado pueda oponerse a que la administración revise, reforme o retire el acto una vez que éste ha sido válidamente notificado. Por ello el acto que confiere derechos puede revocarse por la administración hasta el momento de su notificación pero no después, por lo cual la inmutabilidad contra la administración surte efectos antes que contra el particular. En cuanto al acto afectado de error, ya dijimos que la inmutabilidad rige a favor del particular contra la administración, cuando ésta pretende eliminar el acto afectado de error perjudicando al administrado, pero no rige cuando el particular reclama la reparación del error de la administración para mejorar su situación. Por consiguiente podemos decir que los actos inválidos de invalidez relativa pasan en autoridad de cosa juzgada administrativa material, una vez transcurrido el plazo de prescripción de la acción para imponerla judicialmente. Pero cuando ese error ha perjudicado al particular y subsanarlo significa mejorar su situación, el acto no adquiere calidad de cosa juzgada administrativa contra el administrado, que en todo tiempo puede reclamar administrativamente la reparación del error. Ello resulta también del derecho laboral que establece que los derechos de del trabajador son imprescriptibles.¹¹⁷

Mecanismos legales para revocar un acto administrativo con vicios de nulidad

Conforme quedó demostrado anteriormente, los vicios de los actos administrativos que pueden generar su nulidad, han sido tipificados en forma muy general por la

¹¹⁷ Cfr. Manuel María Díez, "El Acto Administrativo", Ed. Tea Tipográfica Editorial, Buenos Aires, Argentina, 1956, pp. 300 a 333

Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, la cual estableció como regla general que todos los actos administrativos son nulos cuando de cualquier forma contravengan una normativa jerárquicamente superior a ellos.

Dentro de la legislación ecuatoriana común¹¹⁸ encontramos tres vías posibles para impugnar un acto y lograr su ulterior revocación o abrogación: por vía administrativa, vía judicial y vía constitucional; a continuación paso a analizar cada una de ellas:

Impugnación de los actos administrativos en vía Administrativa

Como quedó debidamente explicado en este capítulo, dentro del ámbito del Poder Ejecutivo, el cuerpo jurídico que trata, sobre la teoría de la invalidez de los actos administrativos y por ende de los mecanismos jurídicos a emplearse para revocarlos, es el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

El “reclamo administrativo” y las diversas clases de “recursos” que la normativa concede a los administrados y a la Administración a efectos de revocar un acto administrativo¹¹⁹ tienen su origen y fundamento en el artículo 196 de la Constitución Política del Ecuador, cuando dice: “Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado, podrán ser impugnados...”; se establece entonces el principio de “impugnabilidad” de los actos administrativos, tema este que ya fue analizado dentro de este trabajo.

¹¹⁸ Entiéndase “común” como la norma cuya aplicación es más generalizada en las Instituciones Estatales y que no tienen normativa específica para regular sus procesos internos, como por ejemplo sucede con la Contraloría General del Estado y su LOAFYC.

¹¹⁹ Entiéndase en esta punto a “acto administrativo”, como la denominación general hecha a las actuaciones de la Administración Pública: hecho administrativo, acto de simple administración, acto administrativo propiamente dicho, actuaciones precontractuales y contractuales realizadas por la Administración en los contratos administrativos.

En tanto la ratio legis de esta norma Constitucional es precautelar a las personas de las eventuales arbitrariedades que pueda cometer la Administración, el Constituyente nos ha dotado de mecanismos jurídicos que pueden frenar tales pretensiones a fin de evitar la violación de nuestros derechos subjetivos. Sin embargo de ello, para que estas herramientas jurídicas procedan, se necesita de un requisito básico y evidente: la existencia de un acto administrativo; es decir, de una actuación de la Administración Pública que goce de presunciones de legitimidad y ejecutoriedad. Ello resulta evidente también, cuando vemos el contenido del numeral 1 del artículo 97 de la Carta Magna, que establece la obligación de todos los ciudadanos de : “Acatar y cumplir con la Constitución, la ley y las decisiones legítimas de autoridad competente”. Al haberse ya tratado con profundidad el tema relacionado con la “legitimidad” de los actos administrativos, baste aquí concluir que, para efectos de la llamada inexistencia de los actos administrativos, no es aplicable ninguna de estas herramientas jurídico administrativas.

Determinado en forma negativa el ámbito de aplicación de las herramientas administrativas de impugnación, pasemos ahora a determinar que tipo de actuaciones de Autoridad Pública pueden invalidar; para ello, analizaré en forma detallada cada una de estas figuras jurídicas, a saber: reclamo administrativo, recurso de reposición; recurso de apelación; recurso de revisión; y, declaración de lesividad.

EL RECLAMO ADMINISTRATIVO.-

Sobre esta figura jurídica, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva dice:

“**Art. 172.-** En las reclamaciones los interesados podrán peticionar o pretender:

- a) La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración;
- b) La cesación del comportamiento, conducta o actividad; y,
- c) La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos normativos o su inaplicabilidad al caso concreto.

En cuanto a la tramitación de una reclamación, ésta debe ser presentada ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto normativo; o ante aquél al cual va dirigido el acto de simple administración. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo.

Vemos con claridad que esta herramienta jurídica posibilita al Administrado el impugnar vías de hecho¹²⁰, hechos administrativos¹²¹, actos de simple administración¹²²; y, actos normativos¹²³.

¹²⁰ Entendidos como las actuaciones materiales o conductas de una Autoridad Pública, violatorias de derechos y procedimientos, que afectan a un particular y que carecen de un fundamento administrativo o respaldo legal.

¹²¹ Es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutados en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo. Su diferencia esencial con las vías de hecho, es la ilegitimidad e ilegalidad de éstas.

¹²² Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo

Según se dijo, las vías de hecho no son una figura debidamente regulada por la normativa jurídica ecuatoriana por lo que en primer término podría concluirse que no existe norma que trate expresamente sobre su impugnación y ulterior invalidez, sin embargo su impugnación en vía administrativa podemos subsumirla dentro de la norma citada, específicamente en el literal a), en tanto, en último término, es constituye una “actividad” de la Autoridad Administrativa.

Según quedó evidenciado, el administrado puede formular esta acción administrativa en contra de la Autoridad Pública de la que emanó el acto impugnado, con excepción del caso de los actos de simple administración, en el que hay que interponerlo ante el funcionario a quien va dirigido.

Dentro del ámbito tributario, las reclamaciones proceden también en contra de actos administrativos¹²⁴ de las Autoridades Fiscales, lo que significa que el ámbito de aplicación de esta figura jurídica abarca un mayor campo de acción.

En lo que se refiere al plazo de interposición de los reclamos administrativos, la regla general está fundamentada en los plazos de caducidad de las acciones previstas para precautelar los derechos; así , dentro del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no encontramos en forma expresa un plazo máximo para la presentación de los reclamos administrativos, cosa que si ocurre en el Código Tributario, cuando en su artículo 110 dice que éstos solamente podrán interponerse hasta veinte días hábiles después de que fueron notificados al

afectas a los administrados a través de los actos, reglamentos, hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.

¹²³ Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa.

¹²⁴ Específicamente actos determinativos de obligaciones tributarias, de verificación de una declaración, estimación de oficio o liquidación.

contribuyente, o, en el artículo 100 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa que otorga a los funcionarios públicos un término general de 90 días para hacer valer los derechos que estimen conculcados. Esta situación nos lleva a concluir que, en el ámbito de aplicación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la figura del reclamo no caduca, como si ocurre en el ámbito fiscal o en el laboral administrativo.

En la práctica, los diferentes presupuestos de aplicación del reclamo administrativo, ven en el paso del tiempo, una variable poco trascendente; me explico: el literal a) de la norma transcrita, hace referencia específica a los actos de simple administración, los cuales, a decir de la propia normativa estatutaria, no son impugnables en sí, como sí lo son los actos administrativos que de ellos se derivan; sin embargo, si una persona, ejerciendo su derecho consagrado en el citado art. 196 de la Constitución, optare por impugnar un acto de simple administración, vería que esto solamente es oportuno y eficaz, antes de que el acto administrativo principal sea dictado; y, esto resulta así, porque en estricta lógica, una persona ataca un acto administrativo que altera sus derechos subjetivos y, en lo que a los actos de simple administración se refiere, esto solamente ocurre mientras el acto administrativo principal aún no sea eficaz; visto desde otro lado, podemos decir que no tiene sentido impugnar un acto cuya modificación no acarree consecuencias jurídicas al interesado, situación que subyace en un acto de simple administración después de que el acto principal fue ya emitido y sus efectos han comenzado a producirse.

De lo expuesto, podemos ver entonces la existencia de un plazo para interponer reclamo administrativo en contra de actos de simple administración se ve implícita en el término que la autoridad tiene para pronunciarse sobre las peticiones, reclamos o recursos que los administrados le presenten.

En referencia al literal b) del referido artículo 172 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, este hace relación a la pretensión del administrado para lograr la cesación de conductas, actividades o comportamientos de la Autoridad Administrativa; así, aquí poco o nada importa el transcurso del tiempo, pues se entienden que las actividades presuntamente ilegítimas o ilegales han de ser continuadas, motivo por el cual se exige su cesación. Dicho de otro modo, el requisito básico que ha de considerarse previo la impugnación de un acto de la administración a través del presupuesto contenido en el literal b) de la norma referida, es la actual existencia de una conducta, actividad o comportamiento cuya suspensión indefinida se pretende.

Finalmente, el literal c) del artículo 172 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva trata sobre las reclamaciones que se presenten contra actos administrativos normativos, o, lo que es lo mismo, de alcance general o erga omnes. Según se analizó profundamente, el fin y fundamento de la Administración Pública y por ende de la normativa que la regula, es el bien común, esto hace que normas de carácter general puedan en cualquier tiempo ser suprimidas o reformadas, lo que a su vez contradice cualquier tipo de posición relacionada con la caducidad de acciones que tiendan a restringir este tipo de facultades. Al someter a tela de legalidad a actos administrativos normativos, lo que se pretende siempre es buscar la conformidad de estos con normas jerárquicamente superiores y con el bien común que es a lo que propenden, por ello, resulta ilógico el establecer términos después de los cuales se pueda legitimar algo que contradice a los fines propios del Estado.

EL RECURSO DE REPOSICION.-

De conformidad con el artículo 173 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el recurso de reposición procede en contra de los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa, el cual se interpondrá ante el mismo órgano de la Administración que los hubiera dictado, siempre que se trate de un acto administrativo que afecten directamente derechos subjetivos del administrado.

El término máximo para la interposición del recurso de reposición en contra de un acto administrativo expreso es de quince días. Si no lo fuera, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con la normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse la acción contencioso-administrativa o recurso de revisión.

De acuerdo a la normativa referida, las Autoridades Administrativas tienen el plazo de dos meses para pronunciarse sobre el recurso de reposición planteado.

Podemos decir que la reposición es un recurso horizontal o de reconsideración, en virtud del cual, el mismo órgano emisor conocerá los argumentos de cargo o de descargo que interponga el administrado, a fin de resolver sobre la eventual revocatoria por razones de oportunidad o legitimidad.

Esta es una herramienta puesta al servicio del administrado, es decir, es este y no la Administración quien puede proponerlo.

De acuerdo a la normativa referida, las Autoridades Administrativas tienen el plazo de dos meses para pronunciarse sobre el recurso de apelación planteado so pena de incurrir en aceptación presunta por efectos del silencio administrativo.

EL RECURSO DE APELACION.-

De conformidad con el artículo 176 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el recurso de apelación procede en contra de resoluciones y actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa, el cual se interpondrá ante el órgano superior de la Administración que los hubiera dictado, siempre que se trate de un acto administrativo que afecten directamente derechos subjetivos del administrado.

El término máximo para la interposición del recurso de apelación en contra de un acto administrativo expreso es de quince días contados desde su notificación. Si no lo fuera, el plazo será de dos meses y se contará, para otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con la normativa específica, se produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse la acción contencioso- administrativa o recurso de revisión.

De acuerdo a la normativa referida, las Autoridades Administrativas tienen el plazo de dos meses para pronunciarse sobre el recurso de apelación planteado so pena de incurrir en aceptación presunta por efectos del silencio administrativo.

Podemos decir que la apelación es un recurso vertical o de alzada, en virtud del cual, la máxima Autoridad del órgano emisor conocerá los argumentos de cargo o de descargo que interponga el administrado, a fin de resolver sobre la eventual revocatoria por razones de oportunidad o legitimidad.

Esta es una herramienta puesta al servicio del administrado, es decir, es este y no la Administración quien puede proponerlo.

Se diferencia del recurso de reposición esencialmente en lo referente a la Autoridad Pública que lo conoce y en que éste pone fin a la fase administrativa.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISION.-

El artículo 178 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva establece que los administrados o los Ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, en el caso de resoluciones expedidas por dichos órganos, por sus subordinados o por entidades adscritas, podrán interponer ante los Ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma la revisión de actos o resoluciones firmes cuando concurren alguna de las siguientes causales:

- a) Que hubieren sido dictados con evidente error de hecho o de derecho que aparezca de los documentos que figuren en el mismo expediente o de disposiciones legales expresas;
- b) Cuando con posterioridad aparecieren documentos de valor trascendental ignorados al expedirse el acto o resolución que se trate;
- c) Cuando en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios falsos declarados en sentencia judicial, anterior o posterior a aquella resolución; y,
- d) Cuando la resolución se hubiere expedido como consecuencia de uno o varios actos cometidos por funcionarios o empleados públicos tipificados como delito

y así declarados en sentencia judicial firme.

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

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

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

Dentro del ámbito tributario, este recurso, a diferencia de la reposición y apelación, es propio de la Administración Tributaria, es decir, está facultado únicamente el Administrado para insinuarlo, siendo prerrogativa de la Autoridad competente el analizar si tal insinuación se adecúa a las causales establecidas en el propio Código Tributario a fin de iniciarlo, caso contrario simplemente ordenará el archivo de tal petición. Esta característica de la revisión ha hecho que a través de sentencias dictadas por la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia¹²⁵, incluso se llegue a afirmar que la revisión no constituye un recurso propiamente dicho, sino una herramienta del que disponen las máximas Autoridades Tributarias para precautelar que los actos administrativos dictados por ellas sean acordes a la normativa jurídica.

¹²⁵ Gaceta Judicial, Año XCIX Mayo- Agosto 1999, Serie XVI, No. 15, Corte Suprema de Justicia, Sala Especializada de lo Fiscal, Juicio No. 121-98 , Gerente del Fondo de Cesantía Privada del Ministerio de Finanzas y Crédito Público vs. Ministerio de Finanzas y Crédito Público, pp. 4450 a 4456

La diferencia sustancial con el recurso de apelación está relacionada con las causales de procedencia, pues las que hacen procedente al recurso de revisión están taxativamente determinadas en la norma, mientras que en el recurso de apelación puede argumentarse cualquier tipo de causal relacionada con la oportunidad y legitimidad. Otra diferencia a resaltarse es el plazo para la interposición del recurso de revisión, pues mientras de éste es de tres años o hasta cinco, dependiendo el caso, aquel solo tiene el término de quince días para que proceda. Otra diferencia sustancial es que el recurso de revisión solo puede presentarse contra actos firmes, es decir, contra aquellos respecto de los cuales no se ha interpuesto acción alguna dentro de los términos establecidos por la Ley.

Otro punto a destacar es que la Administración Pública puede hacer uso de este recurso únicamente cuando advierte que entre sus diversas causales, existe una o varias que hagan relación a las nulidades de pleno derecho contempladas en los artículos 94 y 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Por su parte, el administrado podrá ejercerlo cuando considere que las incongruencias de oportunidad o legitimidad se adecuen a alguno de los requisitos establecidos para la procedencia del recurso de revisión.

DECLARATORIA DE LESIVIDAD.-

Es un acto administrativo dictado por el órgano administrativo competente que tiene la finalidad de declarar lesivos para el interés público los actos que generan derechos subjetivos a terceros y que son anulables.

El plazo para declarar la lesividad no podrá ser superior a tres años desde que se

dictó el acto administrativo y exigirá previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados del mismo,

Transcurridos tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad, se producirá la caducidad del mismo. Por su parte, la acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo hasta tres meses después de declarada la lesividad.

De lo expuesto, podemos deducir que la declaratoria de lesividad no es más que una expresión de voluntad que expone la intención de la Autoridad competente de procurar el retiro del mundo jurídico de un acto anterior que lesiona el interés público al cumplir con los presupuestos de la anulabilidad, sin embargo de lo cual genera derechos a favor de un tercero y que a fin de cuentas constituye un paso previo para instaurar la acción de lesividad ante juez competente, el cual dictaminará en último término si se anula o no tal acto administrativo.

Pablo Tinajero Delgado afirma que la declaratoria de lesividad es un acto administrativo inimpugnable, en tanto no influye en el administrado, es decir, el único valor que tiene esta declaración es el publicitar la intención de la Autoridad Pública de iniciar una acción de lesividad en contra de un acto que considera es anulable¹²⁶, sin que ello cambie de alguna manera los derechos subjetivos creados a favor de terceros y derivados del acto cuya anulación se pretende.

El valor de esta figura jurídica se equipararía al de la consulta administrativa, en tanto ambos actos constituyen una simple exteriorización de criterios y voluntades por parte de la Administración Pública que per se no producen efectos directos en el administrado, pero sí exhiben la intención de generar actos que, fundados en

¹²⁶ Cfr. Tinajero Delgado, Pablo, "La acción de Lesividad", Ed. Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Quito, 1998, pp. 47 a 54

ella, afecten a los administrados.

Con la finalidad de entablar un símil entre el derecho público y el privado, podemos ver que la intención expuesta por la Autoridad a través de la declaratoria de lesividad genera efectos equiparables a las denominadas “expectativas de derecho”, en virtud de los cuales no se puede hablar de la existencia de factores que impliquen variaciones en el espectro de nuestros derechos subjetivos, sino simplemente la inminencia de su acaecimiento.

Dentro del marco jurídico, podemos ver herramientas que sirven para precautelar las expectativas de derecho, ejemplo claro de ello es la tipificación como delito del aborto, siendo el bien jurídico protegido el derecho a la vida de una persona que aún no existe y por ende, que aún no es titular de él.

Se dijo anteriormente que la Constitución dispone que todos los actos emanados de los poderes públicos son impugnables. Si hemos de actuar conforme lo dispuesto en el artículo 18 de la Carta Magna, hemos de deducir que la característica de impugnabilidad de los actos administrativos ha de entenderse sin restringirla a si ellos causan o no efectos directos a los administrados; en conclusión, podemos decir que no existe limitación constitucional ni legal que los exima de ser sometidos a control de la legalidad. Ahora bien, si al decir del Autor referido, la declaratoria de lesividad no causa efecto jurídico alguno en los administrados, sino que consiste, al igual que las consultas administrativas, en una simple enunciación del criterio de la Autoridad, lleva implícita la voluntad y predisposición del órgano público de actuar de manera tal que a no dudarlo afectará la esfera de derechos subjetivos de los administrados, lo cual, en mi criterio, sí justifica el interés para una eventual impugnación.

Ahora bien, si como en realidad sucede, este acto de autoridad pública competente no genera efectos directos en el administrado, qué finalidad tiene el impugnarlo, pues lograr su revocación tampoco influiría en su esfera de derechos, sería mejor entonces atacar directamente a los actos administrativos que sí producen efectos jurídicos en los particulares y que derivan de este pronunciamiento previo. Esta es la posición de la doctrina que defiende la posición de que las consultas administrativas no son impugnables, criterio éste que, dada la similitud de efectos con la declaratoria de lesividad, es muy pertinente para el caso en estudio. Ante ello debo decir que si bien no generan efectos directos en forma inmediata, es indiscutible que ellos engendran determinadas situaciones que a la postre constituirán el antecedente de los actos que influyen directamente, entonces podemos concluir que los efectos en el administrado de la declaratoria de lesividad aunque indirectos y diferidos, influyen en el particular y al ser el foco o el caldo de cultivo de posteriores actividades públicas que seguirán sus directrices, es absolutamente procedente y legal el impugnarlos y lograr su revocación o reforma.

Para concluir sobre este punto, podemos decir que la declaratoria de lesividad, per se, no constituye un recurso legal a interponerse contra las actuaciones estatales y lograr a través de él su apego al ordenamiento jurídico y a los fines y objetivos de la Administración Pública, sino que implica un antecedente necesario para que otro poder público, el Judicial, ejerza o no su poder revocatorio en virtud de los criterios y argumentos que para este efecto la Administración y el Administrado, en justa lid, le presenten.

Impugnación de los Actos administrativos en vía Judicial

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece que los recursos que se pueden instaurar son de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo, que ampara

derechos subjetivos del recurrente, presuntamente negados, desconocidos o no reconocidos total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata; y, de anulación, objetivo o por exceso de poder, que tutela el cumplimiento de a norma jurídica objetiva, de carácter administrativo. En otras palabras podemos decir que los recursos contencioso administrativos pueden clasificarse considerando el bien jurídico protegido: ya sea el derecho subjetivo a través del recurso de plena jurisdicción, o, exclusivamente la vigencia de la seguridad jurídica a través del respeto irrestricto al ordenamiento jurídico.

Por su parte, el Código Tributario, a modo de taxativa enumeración, determina que tipo de causas pueden someterse a conocimiento del Tribunal Fiscal, en este sentido, el artículo 234 dice:

“Acciones de Impugnación.- El Tribunal Distrital de lo Fiscal es competente para conocer y resolver de las siguientes acciones de impugnación propuestas por los contribuyentes o interesados directos:

1ª.- De las que se formulen contra Reglamentos, Ordenanzas, Resoluciones o Circulares de carácter general, dictadas en materia tributaria, cuando se alegue que tales disposiciones han lesionado derechos subjetivos de los reclamantes.¹²⁷

2ª.- De las que se propongan contra los mismos actos indicados en el ordinal anterior, sea por quien tenga interés directo, sea por la

¹²⁷ La Sala Especializada de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia, ha emitido diversos fallos a través de los cuales delimitan la competencia del Tribunal Fiscal en la aplicación de esta causal, en este sentido consideran que la Jurisdicción Contencioso Fiscal solamente podrá conocer de demandas que se funden en ella, cuando de los argumentos de derecho se advierta que los derechos subjetivos lesionados no hagan relación a derechos o garantías previstas en la Constitución, pues, al decir de la Corte Suprema de Justicia, en esos casos la competencia recaería en la Justicia Constitucional y no en la ordinaria, en tal sentido, esta causal procede únicamente cuando el accionante exige la observancia de derechos contemplados en normas con jerarquía legal o inferior.

entidad representativa de actividades económicas, los colegios y asociaciones de profesionales, o por los Organismos de la Administración Pública o Semipública, cuando se persiga la anulación total o parcial, con efecto general, de dichos actos;

3ª.- De las que se planteen contra resoluciones de las Administraciones Tributarias que nieguen en todo o en parte reclamaciones de contribuyentes, responsables o terceros o las peticiones de compensación o facilidades de pago.

4ª.- De las que se formulen contra un acto administrativo, por denegación tácita o por silencio administrativo respecto a los reclamos o peticiones planteados, en los casos previstos en este Código;

5ª.- De las que se propongan contra decisiones administrativas, dictadas en los recursos de reposición o revisión, en su caso;

6ª.- De las que se deduzcan contra resoluciones administrativas que impongan sanciones por incumplimiento de deberes formales;

7ª.- De las que se presenten contra resoluciones definitivas de la Administración Tributaria, que nieguen en todo o en parte reclamos de pago indebido o del pago en exceso; y,

8ª.- De las demás que se establezcan en la ley.

Por otra parte el artículo 235 del Código Tributario establece las denominadas

acciones directas, otorgando competencia al Tribunal Fiscal para conocer y resolver sobre acciones que se ante él se presenten:

1ª.- De las que se deduzcan para obtener la declaración de prescripción de los créditos tributarios, sus intereses y multas;

2ª.- De las de pago por consignación de créditos tributarios, en los casos establecidos en este Código o en Leyes Especiales;

3ª.- De las de nulidad del procedimiento coactivo por créditos tributarios que se funden en la omisión de solemnidades sustanciales u otros motivos que produzcan la nulidad, según la Ley cuya violación se denuncie. No habrá lugar a esta acción después de pagado el tributo exigido o de efectuada la consignación total por el postor declarado preferente en el remate o subasta, o de satisfecho el precio en caso de venta directa, sin perjuicio de las acciones civiles que correspondan al tercero perjudicado ante la justicia ordinaria;

4ª.- De la de nulidad del remate o subasta en el caso 4 del artículo 208; y,

5ª.- De las de pago indebido o del pago en exceso, cuando se ha realizado después de ejecutoriada una resolución administrativa que niegue la reclamación de un acto de liquidación o determinación de obligación tributaria.

La acción de impugnación de Resolución administrativa, se convertirá en la de pago indebido, cuando, estando tramitándose aquella, se pague la obligación.

Adicionalmente a estas causas, el artículo 236 dispone que el Tribunal Distrital de lo

fiscal le corresponde también el conocimiento de los siguientes asuntos:

1. De las excepciones al procedimiento de ejecución, señaladas en el artículo 213;
2. De las tercerías excluyentes de dominio que se deduzcan en coactivas por créditos tributarios;
3. De los recursos de apelación de providencias dictadas en procedimientos de ejecución, en los casos de los artículos 177, 192 y 210; y, de los recursos de nulidad, en los ordinales, 1, 2 y 3 del artículo 208;
4. De los recursos y consultas que se propongan de las sentencias dictadas por Autoridades competentes, en el régimen penal tributario, conforme a las disposiciones de este Código o de Leyes Especiales.
5. De los conflictos de competencia suscitados entre Autoridades de distintas Administraciones tributarias, conforme al artículo 80;
6. Del recurso de queja
7. De los demás que le atribuya la Ley.¹²⁸

Sin embargo de lo expuesto y vista la amplitud del principio de impugnabilidad de los actos administrativos, recogido por nuestra Constitución, el contenido del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado establece un rango mayor de competencia para los tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, para conocer y resolver todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, reglamentos expedidos, sucritos o producidos por las entidades del sector público.

Impugnación de los actos administrativos en vía constitucional

¹²⁸ Dentro de esta causal se enmarcan las competencias que en materia tributaria penal tiene el Tribunal Fiscal, materia en la que funge como tribunal de alzada, conforme a las disposiciones legales pertinentes.

De conformidad con el artículo 95 de la Constitución Política del Ecuador, cualquier persona, por sus propios derechos o como representante legitimado de una colectividad, podrá proponer acción de amparo en la que se requerirá la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convención internacional vigente.

El Amparo constituye una garantía constitucional puesta al servicio de las personas que sirve para precautelar el respeto de los derechos constitucionales, a través de un proceso de naturaleza contenciosa que se tramita en forma preferente y sumaria.

Tome muy en cuenta el lector, que el constituyente ecuatoriano no restringe la aplicación de esta norma haciendo referencia al acto administrativo de Autoridad Pública, sino simplemente dice: “acto”, por lo que deberemos entender que esta norma abarca a todo el universo de actuaciones y omisiones de las autoridades públicas; otra característica muy importante es que hace referencia a la “Ilegitimidad” de las actuaciones de los funcionarios públicos, lo cual expande el campo de acción de esta garantía al no limitarlo simplemente a conocer de actos ilegales, vale decir, de aquellos que contradicen lo expresamente estipulado por los cuerpos normativos; así, al hablar de ilegitimidad se abarca también la concordancia con la ratio de las normas, con su espíritu, fin y objeto. En este sentido, no será necesario evidenciar la contradicción que existe entre el acto y la norma expresa, sino que bastará con demostrar que el acto o la omisión alteran el espíritu de la norma, para que esta acción constitucional proceda.

Por ello vemos que esta es la vía más idónea para atacar las denominadas “vías de

hecho”, que por definición implican directa violación al debido proceso y por ende a la Constitución.

Sin embargo de ello, a través del amparo es posible lograr la revocatoria de las actuaciones públicas, siempre que en ellas se vea envuelta al menos una violación a los derechos consagrados en nuestra Constitución.

Efectos de la declaratoria de nulidad

Según se ha venido diciendo a lo largo de este capítulo, la declaratoria de nulidad de los actos administrativos lleva implícita la voluntad de reparar el ordenamiento jurídico cuyas disposiciones habrían sido vulneradas o corrompidas por la vigencia del acto injurídico.

El principio orientador de las actuaciones públicas ha de ser siempre el bien común, valor este que constituye el eje sobre el cual gira toda la normativa jurídica de un país y sobre el que se debe asentar el norte de las actuaciones de los funcionarios públicos; ello hace absolutamente inaceptable que su vulneración pueda ser ratificada o los efectos perniciosos de su fractura no sean adecuadamente resarcidos; en otras palabras, debemos entender que cuando el ordenamiento jurídico ha sido vulnerado a través de actos que contienen vicios que implican la nulidad, ha de ser obligación del Estado el resarcir los daños ocasionados, propendiendo a su reparación hasta lograr que las cosas vuelvan a su estado original como si el acto pernicioso nunca hubiese existido y en caso de que ello fuere imposible, indemnizar a los afectados.

Podemos decir entonces que los efectos de la declaratoria de nulidad son de carácter retroactivo o *ex tunc*, es decir, han de surtir efectos desde el momento mismo en que

el acto viciado fue dictado por la Autoridad.

Ejemplo claro de esto es el contenido del artículo 46 de la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que establece la obligación del Estado a reintegrarle a su puesto de trabajo y de pagar las remuneraciones no percibidas por el servidor cuando el acto que originó su desvinculación fue declarado nulo. Por otro lado, cuando es imposible volver al mismo estado anterior a la emisión del acto nulo, el Estado deberá indemnizar al particular afectado, tal es el caso de una resolución municipal de derrocamiento que ha sido cumplida, evento en el cual no restará más que pagar los daños y perjuicios al propietario afectado.

De conformidad con el último inciso del artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, cuando mediante decisión administrativa se declara extinguido un acto administrativo por motivos de legitimidad, los efectos han de ser retroactivos. Esta norma, equipara legitimidad y legalidad, en cuanto señala en su inciso inicial que los actos serán revocados por legitimidad cuando en ellos se determine la existencia de un vicio de pleno derecho, conforme las regulaciones de ese mismo cuerpo normativo.

La siguiente cuestión a dilucidar es de ser el considerar qué efectos acarrea la negativa de las autoridades administrativas a acatar decisiones administrativas, judiciales o constitucionales que encarnan la revocación con efectos retroactivos de actos emanados de autoridades públicas. El estudio de la problemática de esta posición, antes que a cuestiones de tipo doctrinario, merecen nuestro interés dada la intransigente posición de nuestras autoridades a no acatar resoluciones que revocan actos administrativos nulos.

Este primer acercamiento nos permite dilucidar que la consumación de los efectos de

la nulidad no siempre está en la misma esfera de competencia de quien la dicta¹²⁹; por regla general los actos administrativos son revocados por superiores jerárquicos o por jueces de jurisdicción ordinaria o constitucional, pero la obligación de su aplicación, estará normalmente dentro de la competencia de la autoridad que emitió el acto infractor.

¹²⁹ Tómense en cuenta aquí los efectos de las peticiones administrativas que son resueltas favorablemente o de los recursos de reposición, que en tanto son conocidos por la misma autoridad que se encargará de ejecutarlos, se presume al menos que tiene la intención de hacerlo, lo cual no ocurre con los recursos de alzada, en donde es otra autoridad la encargada de conocer y resolver sobre la validez de actos administrativos dictados por órganos inferiores.

CAPITULO VI

LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Características de la anulabilidad de los actos administrativos

Según lo hemos anotado a lo largo de este trabajo, tanto la inexistencia legal de los actos administrativos, como la nulidad, tienden a proteger la plena vigencia del ordenamiento jurídico de un país, fijando como norte siempre el bien común; sin embargo de ello, la anulabilidad se establece por el ordenamiento en beneficio principalmente pero no exclusivo del administrado afectado por el acto viciado.

Para ello se reconoce a éste la posibilidad de reaccionar contra el mismo y de solicitar la declaración de anulación del acto otorgándole para este fin todos los recursos administrativos analizados en el capítulo anterior. Por su parte, la Administración Pública, en aras siempre de precautelar el estricto apego de sus actuaciones al ordenamiento jurídico puede pretender la anulación de sus actos a través de la declaratoria de lesividad, conforme así lo establece el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Sin embargo de ello, las herramientas jurídicas a través de las cuales se ha de revocar el acto viciado, están sometidos a plazos de caducidad, es así que si esta reacción del afectado o de la Administración, no se produce, el ordenamiento se

desentendiendo del vicio cometido, que, de este modo, se considera purgado en aras de la seguridad jurídica.

Por las mismas razones, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva permite la convalidación de los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan, convalidación que producirá efectos a partir de la fecha en que tenga lugar.

Hasta aquí, el régimen de la anulabilidad de los actos administrativos no difiere en nada de la de los actos y negocios jurídicos privados. Sin embargo, ha existido una diferencia muy importante entre ambos campos, administrativo y privado, y es la siguiente:

En el ámbito privado el plazo para hacer valer la anulabilidad de un acto o negocio jurídico es un plazo de prescripción, que se mide por años. Dentro de ese plazo, la acción puede intentarse sin obstáculo alguno, aun en el supuesto de que a ese intento haya precedido otro u otros, siempre que éstos resultasen frustrados por un defectuoso planteamiento procesal. Si una demanda civil se declara inadmisibles por falta de competencia del órgano judicial o por cualquier otro defecto procesal, ello no impide al actor repetir el intento nuevamente.

En el ámbito administrativo el plazo para impugnar los actos administrativos, es decir, para hacer valer la anulabilidad o nulidad relativa de los mismos, ha sido siempre un plazo muy breve, medido en días o en meses, no en años como el plazo de prescripción de las acciones civiles.

Vicios que hacen anulable el acto: el artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Nuestro Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva se ha apartado de la dirección tradicional de la doctrina por entender que la gama de las ilicitudes es mucho más amplia y variada de lo que suponen las categorías elaboradas por el Ordenamiento jurídico ortodoxo, que obedecen a un fundamento de división más bien artificioso y por ende, con poco rigor lógico. En mi criterio y dado el avance del derecho administrativo, evidenciado en la relajación de axiomas que en un principio tenían una rigidez espeluznante, no existe una justificación contundente, para enunciar una clasificación taxativa de las infracciones o violaciones legales posibles y que en las demandas los accionantes tengan valerse de discutibles criterios jurídicos para subsumir la ilicitud denunciada en uno de esos tipos abstractos; siguiendo una línea progresista, mi posición es resaltar que lo que importa al momento de someter al acto a tela de juicio es si existe o no una infracción jurídica y ante ella es más importante e imperativo el hacer diligente a la justicia que dificultarla con la imposición de un requisito puramente formal, como el de calificar la infracción precisamente con un nombre determinado, máxime si el error en la calificación puede determinar que prevalezca el acto, a pesar de no ser conforme a Derecho¹³⁰.

Acorde con este planteamiento, el artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva define el ilícito administrativo de una forma general:

“1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder

1. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales

¹³⁰ Cfr. GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás Ramón, Curso de derecho Administrativo. Ed. Civitas, Madrid, 4ta. Edición, 1986, Tomo I, págs 612 a 616

indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados

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

Como bien lo reconocen Eduardo García de Enterría y Ramón Fernández, la anulabilidad de los actos administrativos queda limitada entre dos niveles: por arriba, los vicios determinantes de nulidad de pleno derecho (art. 94 y 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva); por abajo, las irregularidades no invalidantes a que se refieren los números 2 y 3 del artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; me explico: las causales de nulidad de pleno derecho, están expresamente contenidas en el Estatuto, por lo que si un acto incurre en ellas, ha de entenderse que lleva a rastras un vicio inconvalidable que acarrea su nulidad; por otra parte, el numeral 2 del citado art. 130, nos dice que para que el acto administrativo sea anulado ha de requerirse que carezca de requisitos formales indispensable para alcanzar su fin. En otras palabras, un acto será anulable, sólo cuando haya omitido formalidades básicas¹³¹, en los demás casos, estaremos ante vicios no invalidantes.

Análisis del vicio por omisión de procedimientos o formalidades esenciales

a) El carácter instrumental de las formas

¹³¹ Nótese que no hago referencia a la situación en que el administrado quede en indefensión, pues esa es una causal de nulidad de pleno derecho en tanto vulnera el contenido del numeral 10 del artículo 24, el cual garantiza el derecho a la defensa. Además, hace expresa referencia a una violación al debido proceso cuyo acaecimiento acarrea la nulidad de pleno derecho al decir del artículo 129 literal a) del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

García de Enterría, citando a Vedel, nos dice que no hay Derecho menos formalista que el Derecho administrativo, y esta afirmación parece corroborarse del contenido del numeral 2 y 3 del artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva; así vemos que al vicio de forma o de procedimiento no se le reconoce la consecuencia de la anulabilidad, salvo en aquellos casos excepcionales en que el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o se dicte fuera del plazo previsto, con la salvedad de que se produzca la aceptación tácita, evento en el cual devendrá en nulo.

“El vicio de forma carece, pues de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración.”¹³²

Lo que nos quiere decir el Autor, es que el vicio de forma, per se, no amerita la declaratoria de anulabilidad, sino que son los efectos dañinos que produce en los derechos y garantías de los administrados es lo que otorga mérito para revocarlos; aquí no se precautela entonces el estricto apego al procedimiento establecido y por ende a la norma que los ha consignado, en tanto ese alejamiento al ser mínimo, resulta intrascendente a la hora de resolver sobre el alcance del acto.

b) *El principio de economía procesal y la virtud invalidante de los vicios de forma:*

El tema a dilucidar estará entonces relacionado con el “mérito” de los vicios de forma que implicarán la iniciación de un proceso anulatorio. Con el fin de ilustrar este tema, los citados García de Enterría y Fernández hacen referencia a una

¹³² Ob. cit. García de Enterría, Eduardo, Fernández, p. 618

Sentencia expedida por la Corte Suprema de Justicia de España de 29 de enero de 1915, que dice:

“Cuando las Leyes y Reglamentos no declaran expresamente nulos los actos contrarios a sus preceptos, la apreciación de si el quebrantamiento cometido entraña nulidad *depende de la importancia que revista, de las derivaciones que motive, de la situación o posición de los interesados en el expediente y, en fin, de cuantas circunstancias concurran, que deberán apreciarse en su verdadero significado y alcance para invalidar las consecuencias de los actos o para mantenerlos*”

Dicho con otras palabras, para dilucidar correctamente al tema planteado habrá que tener en cuenta la relación existente entre el vicio de forma y la decisión de fondo adoptada por el acto recurrido y ponderar, «sobre todo, *lo que hubiera podido variar el acto administrativo origen del recurso en caso de observarse el trámite omitido*»

Siguiendo a los Autores citados, las hipótesis, por tanto, pueden ser varias:

“En primer lugar, es posible que aunque no hubiera existido el defecto formal, la decisión de fondo hubiera sido la misma. En tal caso un elemental principio de economía procesal impide que se anule la resolución y las actuaciones administrativas, retrotrayéndolas al momento en que se omitió un trámite preceptivo si, aun subsanado el defecto con todas sus consecuencias, es de prever lógicamente que volvería a producirse un acto administrativo igual al que se anula.”

En otras palabras, si la decisión final seguirá siendo la misma después de subsanar los vicios formales, no tiene objeto el anular el acto recurrido y volver a tramitar otra vez un procedimiento cuyo resultado y efectos ya lo sabemos. El respaldo

jurídico a esta salvedad lo podemos encontrar en la propia Constitución, cuando ordena que las Funciones Públicas actuarán apegadas al principio de eficacia, y celeridad, axiomas que sirven de fundamento al *principio de economía procesal*, al cual es contraria la repetición inútil de un proceso.

“Una segunda hipótesis es la siguiente: el vicio de forma ha influido realmente en la decisión de fondo, siendo presumible que ésta hubiera podido variar de no haberse cometido el vicio formal. En esta hipótesis cabe aún distinguir tres supuestos:

Si la decisión de fondo es correcta, a pesar de todo —primer supuesto—, lo que procede es declararlo así y confirmar el acto impugnado. El propio principio de economía procesal obliga a ello, ya que tampoco tendría sentido en este caso repetir el procedimiento viciado si se sabe de antemano que la decisión final es ajustada a Derecho.

Si la decisión de fondo es incorrecta —segundo supuesto—, entonces concurrirán dos vicios, capaces, en principio, de determinar la nulidad del acto: el vicio formal y el vicio de fondo. Lo procedente en este caso es declarar la existencia de ambos, y muy especialmente la del último de ellos, con el fin de evitar que, tramitado de nuevo el expediente y subsanado el defecto formal cometido inicialmente, pueda repetirse otra vez las mismas infracciones de fondo. Resulta entonces que en este segundo caso tampoco es el vicio formal el que determina realmente la anulación, sino el vicio de fondo.

¿Qué papel corresponde entonces al vicio de forma? ¿En qué casos puede determinar por sí mismo la anulación de un

acto? Justamente, en el tercero y último de los supuestos anunciados, es decir en aquellos casos en que no es posible averiguar si la decisión de fondo es correcta o no, porque precisamente, la infracción formal cometida ha sustraído elementos de juicio necesarios para una valoración justa de la solución adoptada. No siendo posible por esta razón decidir con seguridad acerca de la corrección o incorrección sustancial del acto administrativo objeto del recurso, no hay más remedio que declarar la nulidad de dicho acto en base a la existencia *del defecto formal advertido*”

Vemos con claridad entonces que sólo en este caso (privación de elementos de juicio esenciales) puede decirse que el vicio de forma tenga verdadera trascendencia invalidante. En todos los demás, el principio de economía procesal exige pronunciarse sobre el fondo y formular un juicio definitivo sobre la conformidad o disconformidad sustancial del acto con el ordenamiento jurídico, abstracción hecha de los defectos o vicios formales que sólo jueguen el papel de indicios de una posible incorrección sustancial de la decisión de fondo.

Alcance de la declaración de la nulidad de lo actuado.

Dentro de la teoría de la invalidez de los actos administrativos, encontramos criterios jurídicos y corrientes doctrinarias que pretenden equiparar la figura de la anulación en el ámbito administrativo por violación de trámite, con la nulidad en materia procesal, última ésta que propende a retrotraer los hechos hasta el momento anterior al del cometimiento de la infracción formal, a corregirlo y a proseguir con el trámite normal del proceso iniciado.

Este es el caso español, cuya Corte Suprema de Justicia, al decir de García de Enterría y Fernández, ha venido declarando la nulidad de lo actuado desde el momento en que dicho defecto fue cometido y condenando a la Administración a

estar y pasar por esta declaración y, en consecuencia, a retrotraer el expediente a dicho momento y a reconstruirlo a partir de él.

En mi criterio, esta actuación judicial, en el Ecuador sería muy improbable en tanto carece de justificación doctrinaria y adicionalmente sería contraria al ordenamiento positivo; me explico: Carece de fundamento doctrinario, porque dentro de la teoría, los vicios provocan la nulidad del acto viciado y de aquellos directamente ligados a él en función del principio de causalidad, como son los concentrados en el expediente administrativo.

Es contraria a la Ley positiva, porque la declaración de nulidad de actuaciones es un pronunciamiento no previsto en nuestra normativa y más bien existe norma expresa que obliga a declarar la nulidad del acto si éste no es conforme a Derecho, pero no autoriza en ningún caso a hacer ningún otro tipo de declaraciones diferentes, so pena de incongruencia.

Convalidación, conversión e incomunicación de invalidez

Los actos administrativos anulables pueden ser convalidados por la Administración subsanando los vicios de que adolezcan. Así lo establece expresamente el artículo 134 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su numeral 1, aludiendo después, en concreto (apartados 3 y 4), a la convalidación de la incompetencia jerárquica por ratificación del órgano superior y a la de la falta de alguna autorización por el otorgamiento de ésta por el órgano competente.

El número 2 del artículo 130 dispone, por su parte, que el acto de convalidación sólo produce efectos desde su fecha, a menos que se den los

supuestos que justifican el otorgamiento de una eficacia retroactiva en los términos del artículo 125 numeral 3 del Estatuto¹³³

El Estatuto establece también la regla de la incomunicación de invalidez. Así, el artículo 131 numeral 1 dispone que la nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero. Del mismo modo, según el numeral 2 del mismo artículo dispone que la nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla, salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado. En concordancia con esta regla, el artículo 133 del Estatuto dispone la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse realizado la infracción origen de la nulidad.

Medios jurídicos necesarios para la anulación de actos administrativos.

Según quedó establecido en el capítulo anterior, los actos administrativos pueden extinguirse por razones de oportunidad y de legitimidad; el primer caso obedece a la existencia de razones de orden público que justifican la extinción de dicho acto; es decir, en este caso la Autoridad Pública competente considera que ya no existen razones que justifiquen la vigencia del acto administrativo en cuestión y más bien observa la presencia de efectos derivados de dicha actuación pública que afectan en forma directa a la colectividad, lo cual, confrontado con el objetivo básico del Estado: el bien común, hacen imperiosas y justificable la extinción del acto administrativo devenido en inoportuno. Aquí existen consideraciones de fondo relacionados con la vigencia de la norma.¹³⁴

¹³³ 125.3 “Excepcionalmente, podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos cuando se dicten en sustitución de actos anulados, y, así mismo, cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto y ésta no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas.”

¹³⁴ Entiéndase aquí norma, como la ratio legis de la Ley vigente.

Por su parte, la ilegitimidad hace referencia a la existencia de violaciones a la normativa vigente que por ende no pueden ser subsanados y convalidados¹³⁵, causados por la presencia del acto administrativo en cuestión; en otras palabras podemos decir, que la legitimidad hace referencia más bien al estricto apego a la normativa vigente y con ello a la protección de la seguridad jurídica. Aquí existen consideraciones de forma, entendida como la simple concordancia con la Ley.

Podemos observar que en la Constitución se recogen positivamente los principios del Bien Común, como directriz del Estado y de la Seguridad Jurídica como derecho básico a través del cual se llegará a ese fin, ello nos permite concluir que tanto las razones de oportunidad como la legitimidad descansan en la Carta Magna y que en definitiva constituyen principios generales tipificados en nuestro ordenamiento jurídico y que en último caso podrá decirse que ya sea por razones de oportunidad o de legitimidad, lo imperioso siempre será buscar la concordancia entre las actuaciones administrativas y la Constitución.

En consecuencia, ya sea por oportunidad o por legitimidad, siempre estaremos frente a la necesidad de precautelar el irrestricto respeto de una norma positiva, situación esta que nos lleva a concluir que hablar de razones de oportunidad en forma pura y exclusiva, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, hoy por hoy, es improbable; sin embargo de ello, sí será posible estar en frente de situaciones que hagan referencia exclusiva a razones de legitimidad para extinguir un acto administrativo.

¹³⁵ Dentro del texto del artículo 93 del Estatuto del Régimen Jurídico y administrativo de la Función Ejecutiva se hace referencia a la necesidad de extinguir un acto cuando este no pueda ser “convalidado o subsanado”; tal redacción podría llevarnos a una confusión, pues se podría interpretar que la convalidación y la subsanación son figuras jurídicas independientes cuyos efectos finales son la permanencia en el mundo jurídico del acto administrativo infractos; ello obviamente no es así, pues del texto del numeral 1 del artículo 134 del referido Estatuto, podemos inferir que para que surta efectos la figura jurídica de la convalidación, será necesario que primero se subsanen los vicios de que adolezca el acto administrativo, lo cual nos evidencia la existencia de un procedimiento previo, que se inicia con la detección del vicio, su posterior subsanación y la inminente convalidación del acto. No son pues dos figuras jurídicas independientes sino más bien absolutamente concatenadas, tanto que podemos decir que la subsanación deviene en condición necesaria para la convalidación.

Visto ello, podemos concluir entonces, que para lograr la anulabilidad de un acto administrativo el Administrado tendrá a su disposición todos los recursos estudiados en el capítulo anterior, es decir, podrá interponer ante Autoridad competente, un recurso de reposición o apelación y una vez resueltos estos, en caso de creerlo conveniente, también podrá interponer recurso de revisión si es procedente; en vía judicial, está también plenamente facultado para presentar recurso subjetivo u objetivo en contra del acto administrativo anulable o hacer expresa mención del contenido del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, que permite impugnar ante el Tribunal Fiscal o Contencioso Administrativo, según sea el caso, cualquier acto emanado de la Administración Pública.

Con respecto a la vía constitucional, ha de observarse que de acuerdo al Artículo 95 de la Constitución del Ecuador, ha de ser requisito esencial para la procedencia del amparo constitucional, el que el acto u omisión de autoridad pública viole derechos consagrados en la Constitución, evento en el cual el vicio causará la nulidad del acto denunciado y no la simple anulabilidad. La simple violación del principio del bien común trae aparejado la protección de derechos difusos, cuya protección a través de esta vía tiene connotaciones singulares que prácticamente hacen inviable su interposición, motivo por el cual incluso me atrevo a sostente que en la práctica, es imposible obtener resultados positivos para proteger estos derechos a través de la garantía del amparo constitucional.

Según quedó recogido en el capítulo anterior, la Administración solamente puede anular un acto administrativo de oficio a través de la acción de lesividad, que se inicia con la declaratoria de lesividad, acto este que a su vez genera la iniciación de un procedimiento previo que tendrá que encaminarse necesariamente ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

En conclusión, en vía administrativa, las Autoridades no pueden por sí solas extinguir un acto administrativo generador de derechos subjetivos, sino que requieren de la iniciación de un trámite específico (lesividad) cuya resolución final está en manos del Poder Judicial.

Efectos de la declaración de la existencia de vicios que implican la anulación de los actos administrativos.

Una vez incoadas las diversas herramientas que la legislación establece para lograr la declaratoria de anulabilidad de los actos administrativos, surge el siguiente cuestionamiento: qué efectos produce, *ex nunc* o *ex tunc*.

De conformidad con nuestra legislación, los actos extinguidos por razones de legitimidad, es decir, aquellos que no pueden ser convalidados, han de conllevar implícito el establecimiento de efectos retroactivos, o, lo que es lo mismo, una vez declarada la nulidad, las cosas han de volver al estado anterior al que se encontraban, como si el acto viciado nunca hubiese existido.

Sin embargo, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, nos dice que únicamente los actos extintos por razones de oportunidad NO tendrán efectos retroactivos, pero si el acto administrativo viciado afectare total o parcialmente derechos subjetivos, previo a la declaratoria, deberá pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado, a menos que el derecho afectado se origine del acto que expresa y validamente lo otorga a título precario o hace referencia a derechos reflejos o intereses legítimos.

En este sentido, si interpretamos el contenido del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva utilizando un método gramatical, es decir, si nos regimos exclusivamente por la acepción de cada una de las palabras contenidas en la norma, necesariamente concluiremos que el mismo establece que la extinción de un acto administrativo por razones de legitimidad siempre estará vinculado a la

presencia de vicios inconvalidables o que producen la nulidad de pleno derecho, según el contenido del artículo 129 de esta normativa jurídica y más ampliamente por la disposición general octava de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa vigente.

La invalidez así declarada, conforme lo establece el Estatuto, acarreará efectos retroactivos, es decir, las cosas volverán al estado anterior al de la vigencia del acto viciado. Según quedó dicho, la comprensión de este efecto no acarrea mayor duda cuando hablamos de vicios que provocan la nulidad, pero cuando hacemos referencia aquellos que implican la anulación, el tema se vuelve un poco más denso; me explico:

De conformidad con el Estatuto, si los vicios que sufre el acto administrativo, no son explícitamente aquellos que constan enumerados en forma taxativa en el referido artículo 129, por exclusión debemos entender que pueden ser convalidados o visto de otra manera, si el vicio del acto no es de aquellos contemplados en el referido artículo 129, ha den entenderse que se clasifican en el artículo 130 y en consecuencia, podrán ser convalidados.

Podemos decir entonces que un acto con vicios inconvalidables siempre ha de tener fundamentos de legitimidad, mientras que uno anulable, denotará razones de oportunidad para llegar a su extinción.

Entramos entonces en el campo de análisis del primer efecto de los vicios anulables y es que en primera instancia, una vez detectados, podrán ser impugnados, teniendo la administración dos salidas, o revocarlo o convalidar la falencia.

En el primer caso, si la Autoridad Pública revoca el acto administrativo, el fundamento central será la oportunidad del mismo y procederán las indemnizaciones establecidas en el Estatuto; aquí no habrá efectos retroactivos, en su lugar, se

resarcirá a los eventuales perjudicados y posteriormente se extinguirá el acto administrativo viciado. En el segundo, prevalecerá la convicción de la necesidad de su existencia y se dictará el acto convalidatorio, pero los efectos del acto original han de entenderse trasladados en el tiempo hasta la fecha en que el acto convalidatorio regirá, lo cual nos lleva necesariamente a concluir que en este caso si existen efectos retroactivos, pues las cosas han de configurarse nuevamente como si el acto viciado no hubiese nacido en la fecha en que lo hizo, la particularidad viene cuando se presenta la convicción de que los efectos del acto viciado vendrán en el futuro, o dicho de otra forma, los efectos se entenderán simplemente prorrogados en el tiempo hasta la vigencia del nuevo acto convalidante.

Aplicación de la anulabilidad de los actos administrativos en la legislación ecuatoriana

Si bien la figura de la anulabilidad está expresamente recogida por el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en la práctica, su aplicación se ve muy restringida; ya se analizó arriba que el único caso en el que procedería su declaración es cuando resulta imposible determinar los resultados de la decisión administrativa si el vicio no hubiese acaecido.

Sin embargo recordemos que el texto del artículo 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva hace referencia a “cualquier otra violación del ordenamiento jurídico” y concordémoslo con el artículo 119 de la Constitución Política del Ecuador que hace referencia al principio de legalidad en las actuaciones de los funcionarios públicos. Esto nos llevará a concluir que todas las actuaciones de las Autoridades que ejercen cargos públicos, no simplemente han de estar siempre enmarcada en la Ley, sino que esta devendrá en una especie de carretera cuyo desbordamiento acarreará indefectiblemente la nulidad. En consecuencia, si la ley determinará la forma de actuar de las autoridades públicas, cualquier desviación a estas precisas instrucciones constituirá una infracción del

ordenamiento legal sancionada con la nulidad por la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa.

En tal virtud, la informalidad del derecho administrativo reconocida por Manuel María Diez, en el ámbito del derecho ecuatoriano no es tal, evidenciando tal vez un exceso de formalismo que, en mi criterio, es necesario en un país donde poco valor se le da al orden constituido.

Entonces, las infracciones del ordenamiento jurídico, de cualquiera naturaleza que sean, han de ser sancionadas con la nulidad, conforme así lo establece la Ley Orgánica de Servicio Civil y Carrera Administrativa, lo cual, a la postre, deja sin campo de acción práctico a la extinción por anulabilidad de los actos administrativos dentro de nuestro espectro jurídico.

Con respecto a la convalidación de los actos administrativos, nace la pregunta si previo a ella se requiere la declaración de nulidad del acto viciado, para hacer procedente la emisión de otro que subsane su error y produzca los efectos pretendidos por el órgano emisor. Ante tal posición, mi criterio es que el acto viciado no deja de existir por el simple hecho de que tenga un vicio convalidable, me explico: El término convalidar hace referencia a dar valor a algo, tratándose de actos administrativos viciados, éstos a través del acto convalidatorio, tienen validez; efecto que no sería procedente si estimamos que el acto viciado dejara de existir, cual es el efecto de su declaración de nulidad.

LAS IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES

Determinados todos los supuestos en que procede la nulidad y vista la restricción imperante para los vicios que pueden llevar a la anulabilidad, por exclusión determinamos los restantes casos en los que el vicio de forma carecerá de

trascendencia anulatoria. Así resulta claramente de lo dispuesto en el artículo 130 numeral 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

Igual directriz es la establecida en el artículo 130 numeral 3 del referido Estatuto para los casos en que el acto administrativo se dicte fuera del plazo establecido. Esta actuación fuera de tiempo tampoco determina la invalidez del acto, salvo en el supuesto de que el término o plazo producta efectos de silencio administrativo, ya sea positivo o negativo, en cuyo evento se entenderá la existencia de un vicio de nulidad.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto a lo largo de este trabajo, podemos considerar que las tesis propuestas han sido plenamente demostradas, así concluimos que:

- La teoría de la inexistencia como categoría de la invalidez de los actos administrativos ha sido debidamente demostrada y tenida como procedente, en tanto su origen tiene vertientes constitucionales que priman sobre cualquier interpretación de normas de inferior jerarquía que de alguna forma puedan pretender su inaplicabilidad.
- En tanto tiene un origen dado por la Constitución Política del Ecuador, de conformidad con la propia normativa de la Carta Magna, puede y debe ser directamente aplicable ante y por cualquier juez.
- La pobreza de los recursos administrativos ofrecidos por la legislación ecuatoriana, entendida esta como la falta de garantías que permitan al administrado tener la garantía de que sus derechos serán respetados, sumado a la lentitud de la justicia, a la necesidad de un respeto inmediato de la normativa vigente y a la orden legal de ejecutar los actos administrativos mientras no exista pronunciamiento de autoridad competente en sentido contrario, tornan en lógica y necesaria la aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos dentro de nuestro país.
- La teoría de la inexistencia de los actos administrativos se sustenta básicamente en tres pilares importantes, a saber:

- Que las causales de invalidez de los actos administrativos no necesariamente deben estar delimitadas en forma estricta ni tienen porqué ser tipificadas dentro de normas específicas.
 - Que la excepción de inconstitucionalidad es una prerrogativa ciudadana vigente y aplicable.
 - La necesidad de defender el ordenamiento jurídico vigente de las violaciones evidentes ocasionadas por autoridades públicas o por quienes en forma falsa pretenden fungir sus funciones.
- La real importancia de la aplicación de la teoría de la inexistencia de los actos administrativos es que ésta encarna la posibilidad de que el administrado por sí solo proteja sus derechos constitucionales, evitando la producción de daños cuya reparación puede ser imposible.
 - La aplicación práctica de esta hipótesis deviene en la correcta defensa de los administrados cuando son objetos de vías de hecho, o cuando se pretende su prevención, al demostrarse la inminencia de la producción de los mismos a través del acto con vicios de inexistencia jurídica.
 - El principio jurídico de que no existe nulidad sin ley expresa que así lo declare, en el Ecuador dejó de ser tan rígido, en este sentido, el régimen que regula la nulidad de los actos administrativos no es taxativo y detallado como así lo exige el axioma referido. Este hecho nos evidencia que en la práctica no solamente las causales establecidas en el Código Tributario y en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa son las que provocan la invalidez de los actos administrativos, sino que existen en otros cuerpos normativos sanciones de similar envergadura pero se encuentran tipificados en forma mucho más general.

- Dada la estricta sujeción al principio de legalidad de las actuaciones públicas, no es necesaria la existencia de una violación total y absoluta del trámite administrativo para que el afectado pueda invocar la nulidad del acto expedido, conforme así lo establece el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, pues basta la simple transgresión del trámite para apartarse de la norma y por ende subsumirse en el presupuesto fáctico que el numeral 1 del artículo 24 de la Carta Magna pretende evitar, lo que a su vez conducirá a la nulidad del acto administrativo infractor.
- La LOSCyCA establece que la regla sobre la invalidez de los actos administrativos es la sanción de nulidad, siendo las excepciones aquellas causas que conducen a la anulabilidad y a la inexistencia de los mismos.
- La flexibilización del principio de legalidad en cuanto a protección de derechos de los ciudadanos se refiere y que ha venido sucediéndose en la última década, justifica el tratamiento de la nulidad de los actos administrativos a través de normas de inferior jerarquía a las leyes.
- La anulabilidad no tiene mayor aplicación en la práctica, pues considerando que cualquier separación de la norma acarrea su nulidad y que toda actuación de la administración debe estar estrictamente regulada por una norma, no cabría vicio que sea anulable sino nulo; sin embargo aplicaría la anulabilidad cuando existan “defectos” que sin implicar la nulidad o constituyan vicios no invalidantes, afecte el fin del acto, evento éste que solo existe cuando este defecto no nos permite saber si la decisión final del acto impugnado pudo o no variar en caso de no haberse suscitado tal defecto.

- La anulabilidad a diferencia de la inexistencia y de la nulidad, puede tener dos efectos: la invalidez con efectos retroactivos que recae sobre los actos anulables cuando la Autoridad Administrativa decide, una vez evidenciados, emitir un acto convalidatorio, en tanto éste solo tiene efectos desde la fecha de su emisión, lo que implica que el acto original ha de tenerse como emitido y válido solamente cuando el convalidatorio tiene efectos legales, lo que a su vez significa que los efectos producidos con anterioridad a la convalidación, desaparecen. Por otro lado, los efectos ex nunc acaecen cuando la Administración decide anular el acto viciado, considerando como procedentes los efectos causados por él hasta el momento de su invalidez.

BIBLIOGRAFIA

1. Agustín Gordillo, "El Acto administrativo", 2da. Edición, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1969.
2. Bacacorzo, Gustavo. "Tratado De Derecho Administrativo". Gaceta Jurídica. Lima 2001.
3. Bartra Cavero, José. "Procedimiento Administrativo". Editorial Huallaga. Lima 1997.
4. Bianchi, Alberto, Control de Constitucionalidad. El proceso y la Jursisdiccion constitucionales, Abaco, Buenos Aires, 1992.
5. Bielsa, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980,
6. Bielsa, Rafael. "Ideas Generales Sobre Lo Contencioso Administrativo". Buenos Aires 1962.
7. Brodsky, Mario y González, Alfredo, Derechos y garantías de los contribuyentes, pautas e ideas, en Anales de las XXIX Jornadas Tributarias, Tema I, Estatuto del Contribuyente, Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de la Capital Federa, Buenos Aires, 1999.
8. Cabanellas, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo III, Edit. Heliasta S.R.L., Edición 21ª. Buenos Aires, 1989.
9. Calvo, Rubén y Corti, Arístides, Bases preliminares del Derecho Constitucional Económico, Separatas Errepar, Buenos Aires, 1991.
10. Carnelittui, Francisco, Teoría general del Derecho. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1941.
11. Casás, José Osvaldo, Derechos y Garantías Constitucionales del Contribuyente a partir del princio de reserva del ley tributaria, AD-HOC, Buenos Aires, 2002

12. Cassagne, Juan Carlos, Derecho Administrativo, 6.ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998.
13. Castejón P., Benito y Rodríguez R.. "Derecho Administrativo Y Ciencia De La Administración". 3ra. Edición. España 1956.
14. Checa González, Clemente, Estudios de Derecho y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1987.
15. D'Celis Vespa, Sharon Rubín, Actos administrativos, La Paz, trabajo inédito, 1999.
16. Decreto Ejecutivo No. 1634, Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Suplemento del Registro Oficial No. 411 de 31 de Marzo de 1994.
17. Diez, Manuel Maria. "El Acto administrativo". Editorial Astrea. Buenos Aires 1961.
18. Dromi, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
19. Dromi. "Instituciones Del Derecho Administrativo". Editorial Astrea. Buenos Aires 1983.
20. Enciclopedia Jurídica OMEBA, Actos administrativos, Tomo I
21. Entrena Cuesta, Rafael. "Curso De Derecho Administrativo". España 1996.
22. Fernández, Lindo, Derecho Administrativo, La Paz Bolivia, Editorial "G.H", 1989.
23. Frisancho Aparicio, Manuel. "Delitos Contra La Administración Publica". 2da edición. Lima 2002.
24. García de Enterría, Eduardo y Ramón Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho Administrativo. Ed. Civitas, Madrid, 4ta. Edición, 1986, Tomo I.
25. Garrido Falla, Fernando. "Régimen De Impugnación De Los Actos administrativos". Madrid 1956.
26. George Vedel, "Derecho Administrativo", Ed. Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, España, 1980.
27. Gordillo, Agustín, El Acto administrativo, 2da. edición, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

28. Gordillo, Agustín. "Tratado De Derecho Administrativo". Editorial Machi. Buenos Aires 1996.
29. Jarach, Dino, Autonomía del Derecho tributario, JA, Buenos Aires, 1958.
30. Kelsen, Hans "Théorie Pure du Droit" Traduction Française de la 2^e édition de la « Reine Rechtslehre » par Charles Eisenmann. Dalloz, Paris, 1962.
31. Manienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988.
32. Manuel María Diez, "Derecho Administrativo", Tomo II, Segunda Edición, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, Argentina, 1965.
33. Morón Urbina, Juan Carlos. "Comentarios A La Ley General De Procedimientos Administrativos". Gaceta Jurídica. Lima 2001.
34. Núñez Borja, Humberto. "Ciencia De La Administración Y Derecho Administrativo". 2da. Edición. Arequipa 1959.
35. Parada, Ramón, Derecho Administrativo, Edit. Marcial Pons. Quinta Edición, 1993, Volumen I
36. Penagos, Gustavo "El acto administrativo", Tomo I, Sexta Edición , Ed. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, Colombia, 1996, pp. 307-308
37. Penagos, Gustavo, El Acto administrativo, Tomo I, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996.
38. Pérez de Ayala, Pelayo, Temas de Derecho Financiero, 2da. Ed. Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990.
39. Plazas Vega, Mauricio, Derecho Comunitario Tributario, 1era Edición, Ed. Tamis, Bogotá, 2001.
40. Rodríguez, Libardo, Derecho Administrativo - General y Colombiano. Tercera Edición, Temis, Bogotá, 1985.
41. Ruzo, Alejandro, Curso de finanzas y legislación financiera argentina, El Ateneo, Buenos Aires, 1933
42. Sánchez Torres, Carlos Ariel, Teoría General del Acto administrativo, Ed. Biblioteca Jurídica Dike, Medellín, 1995.
43. Sayagués Laso, Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Ed. Martín Bianchi Altuna Maldonado, 1986.

44. Tinajero Delgado, Pablo, “La acción de Lesividad”, Ed. Programa Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Quito, 1998.
45. Valdés Costa, Ramón, Curso de Derecho Tributario, Nueva Versión, Depalma-Temis-Marcial Pons, Santa Fe de Bogotá, 1996
46. Velásquez Baquerizo, Ernesto, La nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador, Quito, Edit. Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, 1995.
47. Villegas, Héctor, Cursote Finanzas, Derecho Financiero y Tributario, 6ta. Ed., Depalma, Buenos Aires, 1997
48. Zabala Egas, Jorge, Comentarios Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, Ed. Corporación Latinoamericana de Desarrollo, 1994.
49. Zanobini, Ranelletti, Curso de Derecho Administrativo, Rava, Milán, 1942.