



## **UNIVERSIDAD DE CUENCA**

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS POLÍTICAS Y SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

### **“EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS”**

Monografía previa a la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales.

**AUTORA:**

Jeaneth Magdalena Guamán Solano

**DIRECTOR:**

Dr. Fernando Teodoro González Calle

**Cuenca- Ecuador**

**2016**



## RESUMEN

En la presente monografía se analizó la verificación de legalidad sobre los actos emanados de la administración pública, para lo cual se parte de las generalidades del Derecho Administrativo y del Acto administrativo, para adentrarnos posteriormente al tema objeto de estudio.

El acto administrativo constituye el modo de actuación más frecuente de la administración, de ahí su gran importancia. El acto administrativo tiene a su favor la presunción de legitimidad y es ejecutorio, este debe cumplir con elementos esenciales para ser tal. Sin embargo de tener a su favor aquellos caracteres, el acto puede ser sujeto de revisión por parte de la propia administración, o ser impugnado administrativa o jurisdiccionalmente por los administrados, en ejercicio del derecho a la defensa que ampara la Constitución.

Además, el acto administrativo puede ser objeto de control de legalidad, para garantizar la efectividad del principio de legalidad. El Control de Legalidad de la actuación administrativa en nuestro país se ejerce: en sede administrativa, interponiendo recursos administrativos; en vía judicial a través de la interposición de acciones ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo o en caso ante el Tribunal Contencioso Tributario; y por último, el Control de Constitucionalidad, (que no constituye propiamente control de legalidad). Forma parte del control de legalidad la verificación de la legitimidad y la oportunidad en la emisión de los actos administrativos, la no verificación de estos, son razones de extinción y reforma del mismo. Además, se debe fiscalizar el actuar administrativo, a través de un conjunto de reglas.

**PALABRAS CLAVES:** VERIFICACIÓN DE LEGALIDAD, MECANISMOS DE CONTROL, JURICIDAD.



## **ABSTRACT**

In this paper the verification of legality of acts emanating from the public administration is analyzed, for which it is part of the generalities of Administrative Law and Administrative act, later to delve to the topic under study.

The administrative act is the most common mode of action of the administration, hence its importance. The administrative act has in its favor the presumption of legitimacy and is enforceable, it must meet essential element to be such. However having in your favor those characters, the act may be subject to review by the administration itself, or be challenged by administrative or jurisdictional managed, in exercise of the right to defense that protects the Constitution.

In addition, the administrative act may be subject to judicial review, to ensure the effectiveness of the principle of legality. The legality of the administrative action in our country is exercised: administrative, interposing administrative resources; in court proceedings through the filing of an action before the Court of Administrative or case before the Tax Dispute Court; and finally the Constitutional Control (which is not properly legality). Is part of legality verification of the legitimacy and opportunity in the issuance of administrative acts, no verification of these are reasons for extinction and reform it. Furthermore, it should oversee the administrative act, through a set of rules.

**KEYWORDS: LEGALITY VERIFICATION, CONTROL MECHANISMS, JURIDICITY.**



## ÍNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT .....	3
ÍNDICE.....	4
DEDICATORIA.....	8
AGRADECIMIENTOS.....	9
INTRODUCCIÓN .....	10
CAPÍTULO I.....	13
GENERALIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	13
<b>1.1. Nacimiento y evolución histórica del derecho administrativo.....</b>	<b>13</b>
<b>1.2. Principios Jurídicos del Derecho Administrativo .....</b>	<b>21</b>
<b>1.2.1. Principios sustanciales .....</b>	<b>22</b>
<b>1.2.1.2. Defensa.....</b>	<b>24</b>
<b>1.2.2. Principios Formales.....</b>	<b>27</b>
CAPÍTULO II.....	32
DEL ACTO ADMINISTRATIVO .....	32
<b>2.1 Antecedentes Históricos .....</b>	<b>32</b>
<b>2.2. Definición de Acto administrativo.....</b>	<b>33</b>
<b>2.2.1 Concepciones doctrinarias.....</b>	<b>34</b>
<b>2.2.2 Concepción legal.....</b>	<b>41</b>
<b>2.3 Elementos esenciales del acto administrativo.....</b>	<b>44</b>
<b>2.3.1. Manifestación de la voluntad.....</b>	<b>44</b>
<b>2.3.2. Competencia.....</b>	<b>46</b>
<b>2.3.3. La causa o el objeto.....</b>	<b>49</b>
<b>2.3.4. La forma.....</b>	<b>51</b>
<b>2.3.5. El contenido.....</b>	<b>53</b>
<b>2.4. La impugnabilidad de los actos administrativos.....</b>	<b>54</b>
CAPÍTULO III .....	58
CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMISTRATIVOS .....	58
<b>3.1. Antecedentes históricos.....</b>	<b>58</b>
<b>3.2. Control de legalidad en el Ecuador .....</b>	<b>64</b>
<b>3.3. La legitimidad y la Oportunidad.....</b>	<b>69</b>
<b>3.4. Técnica de Control de la Juridicidad Administrativa.....</b>	<b>72</b>



3.4.1. Competencia.....	72
3.4.2. Motivación.....	73
3.4.3. Comprobación.....	75
3.4.4. Calificación jurídica de los hechos.....	76
3.4.5. Elección.....	77
3.4.6. Finalidad.....	78
3.5. Formas de Control.....	79
3.5.1. Revocación.....	79
3.5.2. Anulación.....	83
3.5.3. Diferencias entre revocación y anulación.....	86
3.5.4. Efectos.....	87
3.5.6. Órgano competente para revocar.....	89
3.5.7. Revocación por razones de Ilegitimidad.....	89
3.5.8. Revocación por razones de Oportunidad.....	91
CAPÍTULO IV.....	93
CONTROL DE LEGALIDAD: IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	93
4.1 En sede administrativa.....	93
4.1.1. Recurso de reposición.....	95
4.1.2. Recurso de Apelación.....	97
4.1.3. Recurso extraordinario de Revisión.....	99
4.2. En sede Judicial.....	101
4.2.1. Recurso de plena jurisdicción o subjetivo.....	103
4.2.2. Recurso de Anulación u Objetivo.....	107
Conclusiones.....	113
Bibliografía.....	115



**Universidad de Cuenca**  
**Cláusula de derechos de autor**

**Jeaneth Magdalena Guamán Solano**, autora de la monografía “El Control de Legalidad de los Actos Administrativos”, reconozco y acepto el derecho de la Universidad de Cuenca, en base al Art. 5 literal c) de su Reglamento de Propiedad Intelectual, de publicar este trabajo por cualquier medio conocido o por conocer, al ser este requisito para la obtención de mi título de Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales. El uso que la Universidad de Cuenca hiciera de este trabajo, no implicará afección alguna a mis derechos morales o patrimoniales como autora.

Cuenca, Marzo del 2016.

---

Jeaneth Magdalena Guamán Solano

C.I. 1726396581



**Universidad de Cuenca**  
**Cláusula de propiedad intelectual**

**Jeaneth Magdalena Guamán Solano**, autora de la monografía “El Control de Legalidad de los Actos Administrativos”, certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autora.

Cuenca, Marzo del 2016.

---

Jeaneth Magdalena Guamán Solano

C.I. 1726396581



## **DEDICATORIA**

*A Dios, a mis queridos padres, Antonio y María, a mis hermanos, Cristian y Tupak, y a todos mis compañeros.*

**JEANETH MAGDALENA GUAMAN SOLANO**



## AGRADECIMIENTOS

*Un profundo agradecimiento A Dios, por haberme dado valentía y fortaleza durante todos estos años lejos de casa, a todos la personas que me han brindado su apoyo en toda la vida universitaria y en el desarrollo te esta monografía.*

*De manera especial quiero agradecer:*

*A mi director de monografía, Doctor Fernando González Calle, que con sus profundos conocimientos me ha orientado, apoyado y corregido; por el tiempo brindado, esfuerzo y dedicación y sobre todo por su inmensa paciencia en el desarrollo de este trabajo investigativo;*

*A la Universidad de Cuenca, por haberme dado la oportunidad de estudiar en sus aulas y adquirir un título universitario.*

*A los docentes de la Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia, quienes con su conocimiento y experiencia, han despertado en el amor por el Derecho y la Abogacía.*

*Al Doctor Jorge Morales, por la oportunidad de ser su alumna, por ofrecerme ser un amigo más que un maestro, gracias Doctor por enseñarme a ser una mejor persona y por ende un mejor profesional.*

*A mis queridos padres, Antonio Guamán y María Solano, quienes desde la infancia han sabido formarme con buenos sentimientos, hábitos y valores; por ser ellos mi apoyo constante en la realización de mis metas y proyectos,*

*A mis hermanos, Cristian y Tupak, por su cariño, por enseñarme a sonreír en los buenos y malos momentos, y por disfrutar con ellos los más agradables instantes.*

*A mi novio Inti, por su amor incondicional y paciencia, y por hacer de mis días más felices.*



## INTRODUCCIÓN

La Administración Pública como ente que representa al estado busca con su ejercicio el bien común, es decir que todos los ciudadanos estén satisfechos con su actuar. Sin embargo, al ser la administración pública falible por naturaleza pues es ejercida por humanos, puede emitir actos contrarios a derecho. Por esta razón nuestro ordenamiento jurídico prevé fórmulas de control, entre las que se encuentra el control de legalidad.

Así, reviste particular interés estudiar, dentro del amplio campo del control de legalidad, aquél que se ejecuta sobre los actos administrativos. Es evidente que estos actos deben en todos los casos guardar la debida correspondencia con la Ley, pero aquello no deslinda la posibilidad de que estos pueden nacer con vicios de ilegalidad. Frente a este conflicto, no existe claridad respecto de las formas de control que se han previsto con el objeto de preservar la correspondencia entre estos actos administrativos y la Ley.

Cabe mencionar que simultáneamente existen otras formas de control que se han previsto, como el Control de Constitucionalidad.

Por las razones mencionadas, el presente trabajo pretende explicar y distinguir con claridad, desde la doctrina, la legislación y la jurisprudencia, cuáles son los mecanismos de control de legalidad que ha previsto la ley en el Ecuador, por qué, cuándo y cómo proceden respecto de los actos administrativos. Adicionalmente busca diferenciar al control de legalidad de otras formas de control de estos actos, de manera que estas distintas formas de vigilancia de las actuaciones del poder público no sean confundidas.



El presente trabajo investigativo consta de cuatro capítulos: El primero titulado **GENERALIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**, he creído necesario realizar un análisis sobre la parte general de este derecho puesto que esta rama del derecho posee una complejidad notoria, y requiere de conocimientos previos, antes de tratar sobre cualquiera de sus instituciones. Dentro de este capítulo realizaré una reseña sobre el nacimiento y evolución histórica del derecho administrativo, ya que, solo con el conocimiento de la historia se puede comprender la realidad actual. Además, haré referencia a los Principios Jurídicos del Derecho Administrativo, pues son estas las bases mismas de este derecho.

En el segundo capítulo desarrollaré el tema **DEL ACTO ADMINISTRATIVO**, dentro del cual se tratará sobre: los Antecedentes Históricos, Definición de Acto administrativo tomando para ello concepciones legales y doctrinarias; Elementos esenciales del acto administrativo, como son la competencia, el objeto, la manifestación de la voluntad, entre otros; así como un breve análisis sobre la impugnabilidad de los actos administrativos.

En el capítulo tercero, abordaré ya el tema objeto de este trabajo investigativo, con un análisis meticuloso sobre todas las implicaciones del **CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**, sus Antecedentes históricos, Técnica de Control de la Juridicidad Administrativa, Formas de Control, así como cuál es el Órgano competente para revocar los actos administrativos.

Finalmente en el cuarto capítulo, abarcaré el tema de la **IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS**, tanto en sede administrativa, como en la vía Judicial; con la finalidad de tener un conocimiento claro y preciso, de cuáles son los



recursos que se puede ejercer en cada vía, pues son estos mecanismos a través de los cuales se ejerce control de legalidad de los actos administrativos.



## CAPÍTULO I

### GENERALIDADES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

#### 1.1. Nacimiento y evolución histórica del derecho administrativo

Los primeros antecedentes de Derecho Administrativo se identifican desde los orígenes de las primeras civilizaciones, como explica Gordillo (2013):

*“El derecho administrativo en cuanto conjunto de normas que regula las relaciones del Estado con los particulares, puede decirse que ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Pero ello no ha sido suficiente ab origine para la creación de una disciplina. Esta época es la de las monarquías absolutas, dando origen a principios jurídicos idénticos en distintos países y momentos históricos: quod regis placuit legis est, the King can do no wrong, le Roi ne peut mal faire. En esos momentos el derecho administrativo se agota en un único precepto: Un derecho ilimitado para administrar; no se reconocen derechos del individuo frente al soberano; el particular es un objeto del poder estatal, no un sujeto que se relaciona con él.” (p.1)*

Sin embargo que en los tiempos antiguos, ya existían manifestaciones del Derecho administrativo, fue la Revolución Francesa de 1789 y el concepto jurídico de “Estado de Derecho” lo que dio inicio a la primera etapa del Derecho Administrativo. García de Enterría & Fernández (2008) en su obra Curso de Derecho Administrativo afirman que el Derecho Administrativo nace a partir de la revolución francesa.

Anterior a este hecho, la noción que predomina en la Monarquía Francesa con la expresión el Estado soy yo de Luis XIV, supuso la existencia de reglas de



derecho sujetas al ordenamiento de un sujeto, es decir, el monarca se constituía en una figura creadora del derecho. Con la revolución Francesa del siglo XVII nace un nuevo régimen de Estado en el cual se divide el poder en ramas del poder, el monarca sede su sitio a tres órganos del poder: el ejecutivo, el legislativo el judicial, la orden y prescripción monárquica sede su sitio a la ley que regula y ordena, y las acciones del Estado se sujetan a la Constitución y la ley no a los criterios subjetivos del gobernante, hay un régimen de derechos y garantías Constitucionales e individuales. (Bernal, 2008, p.27)

De manera que encontramos en esta época dos sistemas que se desplegaban, el sistema anglosajón desarrollado en lo que hoy es Inglaterra, cuyo rasgo definido es el Common Law, según el cual la Administración Pública no estaba sujeta a reglas especiales, sino al derecho común, de manera que se aplica las mismas normas jurídicas a las personas privadas y las instituciones públicas ; y, por otra parte *“el sistema Francés del Droit Administratif traducido como el Derecho Administrativo, que presupone una distinción entre la jurisdicción común u ordinaria con la administrativa, la cual se determinó posteriormente como Jurisdicción Contencioso-Administrativa”*. (Johanna, 2014, p.5)

El “Estado de Derecho” proclamado por la Revolución Francesa significaba que las reglas de gobierno y el respeto a los derechos de las personas, eran de obligatorio cumplimiento tanto para gobernados como gobernantes. Adicional a esto, el otro punto crucial que los autores indican como elemento sustantivo para considerar la existencia de un Derecho Administrativo a partir de la Revolución, fue la separación de los regímenes jurídicos y normas que habían de aplicarse a las autoridades, de las que eran aplicables a los ciudadanos.



La formación de este régimen jurídico especial para reglar las relaciones entre administración y los ciudadanos, fue fruto de un hecho histórico muy singular que consistió en lo siguiente: en el contexto en que los revolucionarios franceses llegaron al poder sucedió que los mismos tuvieron temor de que los jueces y el sistema judicial del antiguo régimen, interfirieran negativamente las decisiones políticas que tomaran los revolucionarios en el nuevo gobierno. Esto conllevó a que tomaran la decisión de prohibir a los jueces conocer sobre asuntos relacionados con la administración pública y por lo tanto los principios de la Revolución Francesa que proclamaban el Estado de Derecho y la subordinación de los gobernantes a la ley, fueron prácticamente desconocidos. Esta prohibición fue consagrada expresamente en la Ley Francesa del 24 de Agosto de 1790, que en su Art. 13 manifiesta: “las Funciones Judiciales son distintas y permanecerán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, turbar de cualquier manera que sea las operaciones de los cuerpos administrativos”. Posteriormente, para el año 1791, este principio fue elevado a rango constitucional. En el artículo tres de la Constitución Francesa de ese año, se estableció la prohibición a los jueces de conocer de casos relacionados a la administración pública.

En vista de esta contradicción evidente de los principios y el espíritu del “Estado de Derecho”, el gobierno revolucionario ideó un mecanismo de administración-juez con el fin de subsanar estas medidas, y este consistía en que las eventuales reclamaciones contra la administración debían ser conocidas y falladas por el jefe ejecutivo. Complementaron esta idea creando un órgano especial llamado Consejo de Estado, parecido al Consejo del Rey que existió en el periodo monárquico. La función de este Consejo era asesorar al poder ejecutivo en varios



temas (redacción de leyes y reglamentos) y resolver las controversias entre la Administración y los particulares. La forma en que el Consejo daba solución a las controversias era estudiando las reclamaciones interpuestas por los particulares contra la Administración y proponiendo luego una decisión al respecto al Poder Ejecutivo. Esta debilidad evidente con la que nació el “Estado de Derecho” se convertiría en un sistema eficiente y real de Derecho Público Administrativo. Esto se debió a que, en primer lugar, en el año 1806 se creó dentro del Consejo de Estado una comisión contenciosa que conocería sólo sobre los casos de controversias entre Administración y particulares, y esto permitiría que los que trabajaban en dicha comisión se especializaran en el conocimiento de esta materia.

También ocurrió que el Poder Ejecutivo tenía tantas funciones y responsabilidades, que fue delegando al Consejo prácticamente todas las potestades que le correspondían con relación al Consejo en lo contencioso, limitándose a firmar las soluciones que se le proponía, de manera que existía cierto criterio de imparcialidad que benefició la credibilidad del Consejo. De forma concomitante a estos sucesos, y observando el pueblo francés la labor seria que ejecutaba el Consejo de Estado, se creó conciencia de esta importante función y se fue consolidando prestigio alrededor del Consejo, toda vez que su actuación estaba acorde a los principios de racionalidad y justicia para con los administrados aunque ello implicara la adopción de medidas que fueran en un relativo perjuicio de la administración.

Este desarrollo del Consejo de Estado, produjo que mediante ley del 24 de Mayo de 1872, se reconociera el mismo con carácter jurisdiccional, al otorgarle competencias como juez de la administración, y ya no como asesor que proponía soluciones. Ya entonces las decisiones no las firmaba el ejecutivo sino que el



Consejo fallaba como tribunal independiente para algunos casos. Nació desde ese entonces la dualidad de jurisdicciones, una jurisdicción conocía de los casos entre particulares mientras otra conocía de casos entre administración y particulares.

Así, el artículo 9 de la Ley del 24 de Mayo de 1872, consagró:

*“El Consejo de Estado estatuye soberanamente sobre los recursos en materia contencioso-administrativa, y sobre demandas de anulación por exceso de poder intentadas contra los actos de las diversas autoridades administrativas”*

Esta norma fue completada con el artículo 10 de la misma ley, conforme al cual:

*“El Consejo de Estado está dividido en cuatro secciones, de las cuales tres estarán encargadas de examinar los asuntos puramente administrativos, y una de juzgar los recursos contenciosos...”*

Se creó también un Tribunal de Conflictos, que tenía a su cargo resolver controversias en lo relativo a la competencia entre tribunales comunes y tribunales administrativos.

En estas circunstancias, para el año 1873, el Tribunal de Conflictos francés produjo uno de los fallos considerados como piedra angular del concepto jurídico moderno de Derecho Administrativo, el famoso **Fallo Blanco**. Este fallo consagró el principio consistente en que la actividad de la administración debe regirse por normas y principios especiales diferentes a los que se aplican a los particulares. Esta es la base del actual Derecho Administrativo y si bien es cierto ya existía la dualidad de jurisdicciones antes del Fallo Blanco, no existía diferencia en cuanto a



las leyes y principios de fondo que habían de aplicarse entre particulares y entre particulares con la administración.

La sentencia expone:

*“Considerando que la acción intentada por el señor Blanco, contra el prefecto del departamento de Gironde, representante del Estado, tiene por objeto hacer declarar civilmente responsable por la aplicación de los artículos 1382, 1383 y 1384 del Código Civil, por los daños causados por las heridas provocadas a su hija por los hechos causados por los obreros empleados por la administración de tabacos.*

*Considerando que la responsabilidad de la que incumbe al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de personas que se emplean en el servicio público no puede regirse por los principios determinados en el código civil, para las relaciones entre particular a particular.*

*Que esta responsabilidad no es ni general, ni absoluta; que esta responsabilidad tiene sus reglas especiales, que varían según las necesidades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados.”*

Esta etapa de “formación del Derecho Administrativo” termina con el “Fallo de Cadot” de 1889, donde el mismo Consejo de Estado consolidó su carácter de juez al expresar que no obstante que la ley le reconocía ese carácter sólo para resolver directamente algunos asuntos específicos, él era juez común en materia de controversias de la administración, es decir, que su competencia era general.

El Consejo de Estado fue entonces creando precedentes jurisprudenciales y surgiendo así los principios modernos del Derecho Administrativo que influenciaron



a gran número de países. Algunos de éstos son: principio de legalidad, principio de presunción de legalidad, la diferenciación de contratos administrativos y contratos entre particulares, el de culpa o falla del servicio para sustentar responsabilidad de la administración, principios de la función pública, la diferenciación entre bienes del Estado y bienes de particulares.

La influencia del Consejo de Estado francés se hizo sentir en gran parte del mundo. Los países que no tienen una jurisdicción administrativa separada de la jurisdicción común, han creado salas especializadas para el conocimiento de las controversias entre la administración y el Estado, es decir, han reconocido la existencia de un derecho.

En cuanto a la definición del Derecho administrativo, se han desarrollado múltiples conceptos desde diversos puntos de vista. A continuación hare una breve mención de alguno de ellos.

Bartolomé A. Fiorini (1968), en su obra Manual de Derecho Administrativo dando un concepto jurídico de Derecho Administrativo establece que: *“El Derecho Administrativo es la disciplina jurídica que estudia las relaciones que la administración pública crea a través de su actividad con otros sujetos, y su organización y funcionamiento para poder manifestarlas”*. (p.16)

Para el jurista argentino Agustín Gordillo (2013), el Derecho Administrativo es *“la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta.”* (p.115)

De este concepto surgen tres elementos, que son desarrollados por su autor, de la siguiente manera:



### *11.1. Rama del derecho público*

*O sea, que no es un mero complejo de normas, sino una rama del conocimiento o disciplina científica, la que estudia ese complejo normativo; dentro de la distinción entre derecho público y privado, forma parte del primero.*

### *11.2. Que estudia el ejercicio de la función administrativa*

*Debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos, respectivamente, los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales. Por lo tanto, el derecho administrativo estudia toda la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior, y también la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa, y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional.*

*Al analizar el ejercicio de la función administrativa, se estudia no sólo la actividad administrativa en sí misma, sino también quién la ejerce (organización administrativa, agentes públicos, entidades estatales, etc.), qué formas reviste (actos administrativos, reglamentos, contratos, etc.), de qué medios se sirve (dominio público y privado del Estado), en qué atribuciones se fundamenta ("poder de policía, facultades regladas y discrecionales de la administración, etc.), y qué límites tiene. (Recursos administrativos y judiciales, responsabilidad del Estado y de sus agentes).*



### 11.3. Y la protección judicial existente contra ésta

*Una de las notas diferenciales entre el derecho administrativo totalitario y el del Estado de Derecho consiste en que este último considera esencial la protección judicial del administrado frente al ejercicio ilegal o abusivo de la función administrativa, dando una especial protección judicial al individuo para compensar así las amplias atribuciones que se otorgan a la administración, y remarcando el necesario control judicial sobre la actividad administrativa, sin dejar zonas o actos excluidos del mismo". (Gordillo, 2013, p. 115-116)*

Nicolás Granja Galindo (2001), precisa la siguiente definición: *"El Derecho Administrativo es aquella rama de Derecho Público que regula la actividad del Estado y de los organismos públicos entre sí y con los ciudadanos, para el cumplimiento de los fines Administrativos". (p.41)*

Para Luciano Parejo Alfonso (2011), Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, el Derecho Administrativo es: *"el conjunto de normas que, desarrollando el estatuto constitucional de la(s) Administración(es) pública(s), regulan su organización, su funcionamiento y su actividad". (p.20)*

## 1.2. Principios Jurídicos del Derecho Administrativo

Los principios jurídicos son los fundamentos en los que se basa el Derecho Administrativo, pues la administración pública debe orientar su actuación en principios fundamentales. Al respecto, el profesor Roberto Dromi (2001) expresa que: *"Los principios jurídicos fundamentales del procedimiento administrativo son pautas directrices que definen su esencia y justifican su existencia, permitiendo*



*explicar, más allá de las regulaciones procesales dogmáticas, su porqué y su para qué” (p. 1020), dividiéndolos en principios sustanciales y principios formales.*

### **1.2.1. Principios sustanciales**

Son aquellos de jerarquía constitucional, preexistentes, que justifica la finalidad primaria del procedimiento administrativo, pues a través de ellos se garantiza la participación de los administrados en la formación de la voluntad administrativa y en la tutela de la defensa de la propia legalidad, es decir, justifican la finalidad primaria del procedimiento administrativo.

#### **1.2.1.1. Legalidad**

El principio de Legalidad es uno de los principios fundamentales del Derecho Administrativo según el cual, las actuaciones de las autoridades públicas deben estar conforme a la Constitución, la Ley y el derecho, dentro de las facultades que les estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidos.

Así lo determina el art 226 de la Constitución:

*“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”*



El Doctor Jorge Moreno Yanes (2014), indica: *“el principio de legalidad es un fenómeno jurídico político que se asienta en la limitación del poder al derecho y en el ejercicio del poder a través de funciones separadas”* (p.99)

Se podría decir que el Principio de legalidad es el que define y atribuye potestades, a la administración, así *“Para E. García de Enterría y Tomás Ramón Hernández, las potestades son siempre una derivación del estatus legal”* (citado por Moreno, 2014, p.101)

Sin embargo el Dr. Moreno explica que:

*“En el sistema jurídico del Ecuador las potestades no solo constituyen una derivación de la ley, sino también, de la propia constitución, basta citar el ERJAFE; las Ordenanzas de lo GADs, la Potestad reglamentaria del Presidente de la Republica, Consejo Nacional Electoral, entidades de control y regulación”* (Moreno, 2014, p.100)

El Doctor Efraín Pérez (2009), hace mención a los principios desde un enfoque negativo y desde un enfoque positivo. Así, citando al reconocido jurista Luis Díez-Picazo establece que, el significado negativo implica que los actos normativos no pueden contradecir las normas, y los órganos públicos no pueden obrar fuera de la competencia que tienen atribuida. Finalmente, no puede la Administración desarrollar su actuación en violación con los principios generales de Derecho. Positivamente, el principio de legalidad se manifiesta en el deber de la Administración de respetar la “reserva de ley”, esto es, que determinadas materias solo se traten por ley, debiendo intervenir en tales asuntos como la libertad, la propiedad, la tributación, las penas, solamente conforme a la ley, dentro del ámbito de la zona denominada de “reserva legal”.



El principio de legalidad, columna vertebral de la actuación administrativa, según Roberto Dromi (1987) está integrado por cuatro aspectos:

1. Normatividad jurídica, en virtud de que toda la actividad administrativa debe sustentarse en normas jurídicas.
2. Jerarquía normativa, toda vez que las normas u órdenes del superior no pueden ser modificadas por el inferior.
3. Igualdad jurídica, ya que la administración no puede otorgar privilegios a unos y negar su legítimo derecho a otros.
4. Razonabilidad, ya que la administración debe verificar los hechos y apreciarlos de manera objetiva al valorarlos.
5. Control judicial, pues la validez de todo el ordenamiento jurídico radica en respetar el orden de prelación que impone la pirámide jurídica, en cuyo vértice se sitúa la Constitución.

#### **1.2.1.2. Defensa**

Constituye un principio general del Derecho con un contenido abstracto, del cual deriva que nadie puede ser condenado sin ser oído. Este principio constituye aspecto cardinal para su desenvolvimiento en el procedimiento administrativo, pues permite al administrado percatarse de la actividad administrativa que en su nombre se encuentra desarrollando en la administración, y ser parte de la decisión del asunto en cuestión, en tanto que si el administrado puede ser oído antes de que la autoridad administrativa tome alguna decisión que lo va a afectar, no solo implica en



un principio de justicia sino también lo es de eficacia, ya que ayuda a una mejor administración y a que existan decisiones más justas.

El principio de defensa, comprende a la vez conforme explica el profesor Dromi (1987) los derechos de ofrecer y producir pruebas, de obtener una resolución fundada y de impugnar esa resolución.

El Derecho a ser oído, no se limita a la simple convocatoria del particular interesado o a su Derecho a ser escuchado, sino que incluye su activa participación. Esto exige, a la vez, un ambiente propicio, por lo que unido a este componente debe darse la publicidad del procedimiento, que se materializa con el acceso de las partes al expediente y las constancias procesales. El secreto en las actuaciones o documentos sólo se justifica por razones excepcionales (seguridad o defensa nacional, respeto a la intimidad y honra de las personas, por una ley que declare confidenciales ciertos documentos y supuestos similares, que se concretan en motivos de interés público o particular). Entonces, los actos administrativos son públicos, como garantía de la transparencia y moralidad del actuar administrativo.

En cuanto al Derecho a ofrecer y producir prueba, la administración está obligada a desplegar todas las diligencias necesarias para averiguar los hechos que fundamentan su decisión; pero ello no obsta para que los interesados ofrezcan y produzcan pruebas.

A la vez, por el Derecho a una decisión fundada, es necesario para el eficaz ejercicio del Derecho de defensa y respeto del principio de legalidad, que la Administración exteriorice razonablemente los fundamentos de su decisión. Por lo que aquélla debe plasmar claramente las razones de hecho como de Derecho que apoyan su proceder plasmado en un acto administrativo. Esta explicación a la que



está obligada la Administración al proferir sus actos es útil para determinar el sentido y alcance de sus acciones.

Un acto administrativo carente de motivación cuando éste deba ser motivado según la Constitución y la Ley, transgrede el debido proceso legal, y coloca en entredicho el Derecho de defensa de la persona afectada por un acto sin fundamento.

Finalmente el Derecho a impugnar la decisión es sumamente importante para el cabal ejercicio del Derecho de defensa, precisamente porque los recursos en la vía administrativa como medios de impugnación permiten la defensa, aunque es sabido que no garantizan un resultado positivo por su sola interposición o permisión.

El principio de defensa, consagrado en nuestra Constitución como derecho a la defensa (Art 76 No 7), constituye una de las garantías básicas del debido proceso, que incluye entre otros el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa, a no ser juzgado dos veces por la misma causa, etc.

### **1.2.1.3. Gratuidad**

El principio de gratuidad implica que el procedimiento administrativo no tenga costo alguno, con lo que se evita que el ejercicio de la función administrativa imponga trabas onerosas a los particulares. Por lo tanto, la tramitación del procedimiento administrativo no genera gastos ni costas, ni los servidores públicos perciben derechos por su intervención. La gratuidad está prevista en el Art 75 de nuestra Carta Magna.



La gratuidad sin embargo, no comprende los gastos que surjan del ejercicio del derecho del administrado, los cuales deben ser afrontados por éste con su patrimonio, por ejemplo los gastos incurridos en provecho propio de su defensa o acción (honorarios profesionales de abogados, pago de copias, peritos y costes similares y gastos excepcionales que conlleva la prolongación y sustento de una contienda, ya contra un particular, ya contra la Administración). De manera que en el procedimiento administrativo, cada parte hace frente a sus propios gastos, sin que tenga derecho luego, en caso de que salga favorable su resolución, a reclamar tales importes del contrario.

Miguel López Olvera (2012), al respecto señala lo siguiente:

*“El acto final, que se puede concretar en la expedición de una licencia, un permiso o una autorización, puede estar gravado, es decir, generar algún costo para el administrado; pero ese gasto tiene que estar establecido en una ley, como puede ser. Pero la tramitación del procedimiento en sí mismo, no genera costos. Lo que este principio protege es que el normal actuar del particular, con referencia a la administración, no implique un cercenamiento a su facultad de impugnar las decisiones que de ella emanan a través de un arancel que, en mayor o menor medida, constituya un obstáculo al control que debe ser realizado”*  
(p.191)

### **1.2.2. Principios Formales**

Los principios formales son de carácter estrictamente procedimental: oficialidad, informalidad y eficacia, son de jerarquía normativa secundaria, legal y reglamentaria, que coadyuvan al cumplimiento de los principios sustanciales.



### 1.2.2.1. Oficialidad

El principio de oficialidad consiste en que la administración debe dirigir e impulsar el procedimiento y ordenar la práctica de las actuaciones necesarias para el esclarecimiento y resolución de los asuntos.

Indica Gordillo (2013) que el principio de oficialidad esta derivado del principio de legalidad objetiva y que tiene como primera hipótesis la impulsacion de oficio del procedimiento.

Si bien el procedimiento puede iniciar de oficio o a petición de parte, la impulsacion de este corresponde a la administración. Esto es así porque la actuación de la administración pública como se ha manifestado anteriormente no puede tan solo satisfacer al individuo de manera particular, sino también un interés colectivo, y el propio interés de la administración. De allí que su inacción no puede en ningún caso paralizar el procedimiento, es decir que su continuación no depende de la voluntad del particular.

Sin embargo, el principio de la impulsacion de oficio como lo llama Gordillo, no significa que aquella corresponda en todos los casos a la administración. En los casos en que esta corresponde al particular (reclamaciones, recursos) es evidente que el impulso inicial corresponde al particular, pero una vez ejercido ese acto por el particular, la continuidad del procedimiento se rige nuevamente por el principio de impulsión de oficio. Por ello a criterio de Gordillo el principio de impulsión de oficio es netamente predominante, y solo por excepción puede corresponder dicha impulsión al recurrente o administrado.



Es interesante señalar que en *“el derecho anglonorteamericano la impulsión de oficio es menos decisiva, otorgándose mayor injerencia a la impulsión de las partes”* (Gordillo, 2013, p.4)

Entre los efectos jurídicos del principio de oficialidad, Roberto Dromi (2001) señala los siguientes: el impulso de oficio, obtención de pruebas y averiguación de hechos efectuados a petición de parte o de oficio y la investigación de la verdad material.

### **1.2.2.2. Informalismo**

El principio de informalidad implica la ausencia de formalismos que compliquen o retrasen el procedimiento. Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable al administrado *“pues traduce la regla jurídica del in dubio pro actione, o sea de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho de acción, para asegurar, en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento”* de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público. (Espinoza, 2001, p. 36)

Según Gordillo (2013), el termino informalismo puede ser interpretado de dos formas diametralmente opuestas.

*“En el derecho francés, por ejemplo, en que por un altamente perfeccionado sistema de control jurisdiccional de la administración, no se ha sentido la necesidad de establecer protecciones para el administrado durante la tramitación del procedimiento ante la misma administración, se identifica informalismo con*



*“discrecionalidad técnica:” se ha estimado que el procedimiento es informal en el sentido de que la administración no está sujeta a ninguna regla y que puede libremente llevar el procedimiento por el cauce que técnicamente le parezca más conveniente, sin sujeción a formas preestablecidas”(p. 6)*

Además, el jurista Agustín Gordillo apunta que existe una segunda forma de comprender el informalismo, y es la que proviene del derecho español. El tribunal supremo español declaró ya en 1922 que: *“las reclamaciones producidas en vía gubernativa no están sometidas a formalidades precisas, debiendo interpretarse su contenido con espíritu de benignidad,”* (citado por Gordillo, 2013, p. 7)

Cabe señalar que esta doctrina, es aplicada en Argentina donde se ha venido utilizando en beneficio de los recurrentes, evitando que por defecto de forma dejen de tramitarse recursos erróneamente calificados. Este criterio ha existido y existe, en mayor o menor medida, en otros países; pero el mérito del derecho español y argentino reside en haberlo erigido en principio fundamental del procedimiento administrativo

### **1.2.2.3. Eficacia**

Finalmente, el principio de eficacia se refiere a la obtención de los mejores efectos de la actuación administrativa en razón de la economía procesal, simplicidad, técnica y rapidez en la actuación.

Los sujetos del procedimiento administrativo deben hacer prevalecer el cumplimiento de la finalidad del acto procedimental, sobre aquellos formalismos cuya relación no incide en su validez, no determinan aspectos importantes en la



decisión final, ni disminuyen las garantías del procedimiento, ni causen indefensión a los administrados.

En todos los supuestos de aplicación de este principio, la finalidad del acto que se privilegia sobre las formalidades no esenciales deberá ajustarse al marco normativo aplicable y su validez será una garantía de la finalidad pública que se busca satisfacer con la aplicación de este principio. (Espinoza, 2001, p. 36)

Miguel Alejandro López (2012) al hacer mención a eficacia y eficiencia señala que la primera, se refiere a la rapidez, la celeridad, y a la sencillez y la segunda, por su parte, persigue el procedimiento de la manera más económica posible, siendo el principio de economía su versión positiva. Al respecto, José Francisco Ruiz Massieu, indica:

*“La administración responde a una función instrumental: su vocación es la atención eficiente, eficaz y democrática de las necesidades colectivas. Con la eficiencia se asegura el uso óptimo de los recursos puestos a disposición; con la eficacia se colma la necesidad de la colectividad y con la democracia se responde al apotegma clásico de una administración del pueblo, con el pueblo y para el pueblo (es decir, la administración es instituida por la sociedad; los administradores provienen del pueblo y el fin de la función administrativa es su servicio cabal)”* (citado por López, 2012, p. 192)



## CAPÍTULO II

### DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### 2.1 Antecedentes Históricos

Antes de la expresión "Actos Administrativos" a tales actos se los llamaba "actos del Rey", de la corona o del fisco, según sus distintos alcances. La noción de acto administrativo como actividad de la administración pública, se configura incuestionablemente dentro del Estado de Derecho, que surge a raíz de la Revolución Francesa, en donde se planteó la separación absoluta y rígida de poderes.

La ley francesa del 24 de agosto de 1790, artículo 13, consagró la separación entre las funciones judiciales y las administrativas. Se buscó como mencionamos ya en líneas anteriores, la separación de los poderes, especialmente la autonomía de la justicia administrativa de la judicial para impedir que los tribunales comunes conocieran de los asuntos que interesaban inicialmente a la administración.

El texto legal dispone:

*“Que las funciones judiciales son y quedaran siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante sí a los administradores en razón de sus funciones”.*

Hasta entonces ninguna ley había empleado los vocablos “administradores” y “administrativos” en relación con los asuntos del Estado.



La expresión: “Acto Administrativo” surge pues históricamente como una noción de cierto modo opuesta al derecho, por cuanto comprende una categoría de actos que en ese momento escapa totalmente a la intervención judicial sin embargo como ya lo analizamos, en la propia Francia, en breve se advirtió la necesidad de someter esos actos a algún control de derecho, ejercido inicialmente por la misma intervención activa y después por tribunales creados en el seno de la administración

Hoy se reconoce universalmente que el acto administrativo es un acto de ejecución de la ley, que ha de estar en su forma y en su fondo completamente ceñido al ordenamiento jurídico y que la legalidad del mismo ha de estar asegurada por órganos.

Los actos administrativos pueden ser dictados por las diversas funciones del Estado, es decir, no solo la función ejecutiva puede emitir actos administrativos, sino también, los demás poderes del Estado. Si bien, cada una de las funciones tiene su misión natural: el legislativo, dicta normas con carácter de ley; el judicial, administra justicia y ejecuta lo juzgado; la función electoral controlar todo la esfera que corresponde a su ámbito, así como la función de transparencia y control social tiene sus propias atribuciones; cada uno de ellos cuentan con dependencias que ejercen funciones impropias que se enmarcan dentro de la tarea administrativa y consecuentemente pueden dictar actos administrativos, de allí la importancia de conocer los fundamentos teóricos de acto administrativo en nuestro país.

## **2.2. Definición de Acto administrativo**

El acto administrativo es una institución propia, exclusiva del Derecho administrativo pues constituye el modo de actuación más frecuente de la administración pública. Sin embargo en el derecho público no siempre tenemos



leyes que lo definan, y cuando lo tenemos, no siempre definen al acto administrativo o si lo definen no suelen guardar uniformidad de criterios; frente a este vacío, muchos juristas se han preocupado por dar una definición certera y completa, que abarque todos sus componentes, mas no han llegado a compartir criterios, razón por la cual no existe un concepto ni doctrinario ni legal unitario.

### **2.2.1 Concepciones doctrinarias**

Son diversas las definiciones que sobre acto administrativos han surgido. Por ello, cabe hacer mención a algunos de los conceptos que exponen tanto doctrinarios extranjeros, cuanto doctrinarios ecuatorianos.

En cuanto a doctrinarios extranjeros, cabe resaltar los aportes que han realizado tratadistas franceses como Devel y Rivero, quienes al respecto exponen:

*“(...) El decano VEDEL, por ejemplo hasta la 12ª edición de su renombrada obra, es decir hasta 1992, se refirió a las decisiones ejecutoriadas, concepto que abarca todos los actos administrativos unilaterales, que incluye también los reglamentos pero no los contratos administrativos. Más, a partir del año indicado estableció una distinción: la decisión ejecutoriada es un acto por el cual una autoridad administrativa manifiesta unilateralmente su voluntad orientada a producir efectos de derecho sobre los administrados, con lo que coincide RIVERO. Así, las decisiones administrativas se distinguen de otros actos administrativos unilaterales que no ocasionan una modificación en la situación jurídica o de hecho existente...”* (citado por Pérez, 2009, p. 415)

El tratadista argentino Miguel Marienhoff citado por el Doctor Efraín Pérez, considera que el acto administrativo también se puede dar en forma bilateral, según



este autor y los que le siguen, el contrato administrativo también sería un acto administrativo, pero de índole bilateral. Del mismo modo Agustín Gordillo explica que el acto administrativo desde una noción amplia, comprende: *“tanto el acto plurilateral (contratos) como el unilateral, y el general (reglamentos) como el concreto o individual”* (Gordillo, 2013, p. 17)

En cuanto a doctrinarios españoles, el Doctor Pérez indica:

*“Los españoles también incluyen entre los actos administrativos aquellos actos llamados por el Estatuto ecuatoriano simples actos de la administración, o actos de trámite, así denominados por la misma legislación española y excluyen, como los italianos los actos reglamentarios, sin que falten autores que consideran un sentido amplio de acto administrativo que abarque (...) tanto el acto administrativo general como al concreto”* (citado por Pérez, 2009, p. 416)

Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2008), definen al acto administrativo como: *“La declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa, distinta de la potestad reglamentaria”* (p. 540)

Por otra parte el Doctor Jorge Moreno Yanes (ecuatoriano) analiza el acto administrativo desde dos vertientes, desde el punto de vista de la vertiente subjetiva por una parte, y desde la visión de la vertiente objetiva por otra.

Desde el punto de vista subjetivo, el Doctor Jorge Moreno (2014) en su obra, cita al jurista Rafael Entrena Cuesta, quien indica: el acto administrativo es un *“Acto jurídico realizado por la administración con arreglo al derecho administrativo”* (p. 125), de manera que solo los actos que emanan de los órganos administrativos, se



pueden considerar como tales, dejando de lado los actos que se generen en las funciones legislativa y judicial.

Según la vertiente objetiva, apunta el Doctor Moreno, tomando el concepto del profesor Roberto Dromi, es acto administrativo *“Toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”*, es decir, que todo acto que surja del ejercicio de las funciones del estado, constituye acto administrativo, incluyendo los actos de entidades públicas no estatales que actúan por delegación o concesión. Sin embargo el Doctor Moreno no comparte este criterio, pues manifiesta que según el modelo jurídico del Ecuador, los actos de gobierno y políticos, están excluidos; por lo que redefine el acto administrativo como *“Una declaración unilateral realizada en ejercicio completo de la función administrativa”* (Moreno, 2014, p. 126)

También se habla de una vertiente mixta, que a criterio del Doctor Moreno es empleada por Agustín Gordillo (2013) quien define el acto administrativo como *“Una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata”* (p. 32)

Definición que según el Doctor Moreno, incluye los actos de gobierno. Nicolás Granja Galindo (2001), en su obra *“Fundamentos de Derecho Administrativo”* nos explica que el concepto adoptado por Gordillo, es muy actualizado, que excluye a los reglamentos, así como a los contratos administrativos. Sin embargo, el Doctor Moreno adiciona un término a la definición de Gordillo, determinando que es la definición que más se acerca a la realidad jurídica de nuestro país. Esta no incluye los actos políticos y de gobierno. Así, expone: *“Una declaración unilateral realizada*



*en ejercicio concreto de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales en forma inmediata” (Moreno, 2014, p. 126)*

El doctor Efraín Pérez (2009) además explica que: *“La doctrina del Derecho Administrativo de América Latina, siguiendo a los tratadistas argentinos de la actualidad, contempla un enfoque restringido de acto administrativo, reservando esta denominación solamente para las manifestaciones unilaterales de los órganos públicos con efectos jurídicos individuales y subjetivos.”* (p. 59), para lo cual entendemos que el acto debe ser emitido por los órganos de la administración y para que estos tengan categoría de acto administrativo deben producir efectos jurídicos, es así que en el desenvolvimiento del que hacer administrativo no toda manifestación del órgano administrativo tendrá categoría de acto administrativo, sino según el mismo tratadista, solamente aquellas declaraciones que modifiquen el estatus jurídico de algún ciudadano.

En cuanto a los caracteres jurídicos del acto administrativo, la presunción de legitimidad y la ejecutoriedad, son ambos, elementos sine qua non para la existencia y emisión de un acto administrativo.

**Presunción de Legitimidad:** El acto administrativo se presume legítimo por su sola calidad de tal conforme el artículo 68 y 125.1 del ERJAFE, y producen efectos desde la fecha de su emisión. Estos actos administrativos por serlo tienen en su favor la presunción de constituir el ejercicio legítimo de la actividad administrativa y por consiguiente toda invocación de nulidad contra ellos debe necesariamente ser alegada y probada en juicio.

Respecto a este carácter jurídico del acto administrativo José Roberto Dromi (2001) manifiesta que: *“presunción de legitimidad es la suposición de que el acto fue*



*emitido conforme a derecho, dictado en armonía con el ordenamiento jurídico. Es un resultante de la juridicidad con que se mueve la actividad estatal. (p. 172)*

Las consecuencias de la presunción de legitimidad o validez del acto administrativo según nos explica Gordillo (2013) son esencialmente las siguientes:

- 1) El acto no puede ser invalidado de oficio por el juez, sino que se requiere una petición de parte interesada con el fin de que el juez pueda declarar la nulidad;
- 2) Es necesaria una investigación de hecho para poder determinar concretamente de qué vicio adolece el acto; dicho de otro modo, no puede juzgarse en abstracto la nulidad del acto, sino que es necesario referirla a las particulares circunstancias de cada caso.

**Ejecutividad y ejecutoriedad:** Estos son dos términos correlativos, es así que para conceptualizar la ejecutoriedad del acto administrativo, es necesario en primer término delimitar el concepto de la ejecutividad.

El artículo 124 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva determina que, los actos administrativos serán ejecutivos, salvo excepciones.

La ejecutividad, es una propiedad esencial del acto administrativo que, hace referencia a la condición del acto administrativo por la cual los administrados tienen el deber de cumplir lo dispuesto en el acto, por la administración pública, es decir, la exigencia y obligatoriedad de cumplimiento que lleva implícito todo acto administrativo.



Un acto administrativo eficaz, no sirve de nada, si no existe de por medio su ejecutividad, que es o que asegura a la autoridad la disposición exclusiva sobre la eficacia del acto como la mejor garantía que tutela la Administración.

El tratadista José Roberto Dromi (1973) manifiesta que:

*“Todo acto administrativo tiene la propiedad de ser esencialmente ejecutivo; es una cualidad inseparable del acto, simplemente por proceder de la Administración y con independencia de que se ejecute o no, lo cual puede depender, ya de la decisión adoptada por la misma Administración, ya de la suspensión de la ejecución dispuesta jurisdiccionalmente. La exigibilidad es atributo de todos los actos administrativos definitivos y por tanto posibles de ejecución sin perjuicio de su ejecutoriedad.”* (p. 222)

Todo acto administrativo, es esencialmente ejecutivo, por el hecho emanar de la administración, así, el acto debe cumplirse irremediamente, pues la ejecutividad se lo considera como sinónimo de eficacia, aunque no debemos olvidar que el acto administrativo debe perfeccionarse para producir efectos.

Por otra parte la ejecutoriedad del acto administrativo, regulado en el artículo 161 de ERJAFE consiste, en la posibilidad que tiene la administración pública, a través de su ordenamiento jurídico, para ejecutar el acto por sí misma, pudiendo recurrir inclusive a diversos medios de coerción, para asegurar su cumplimiento.

Así podríamos decir que la Administración aparece investida, por el ordenamiento jurídico, de las facultades indispensables para declarar, por sí misma, unilateralmente, cuál es su derecho y luego, para proceder a ejecutarlo con sus



propios recursos. De donde, la ejecutoriedad del acto administrativo implica la ejecución forzosa o la acción oficiosa de la Administración.

Al respecto, Agustín Gordillo (2013) indica:

*“La doctrina tradicional reconocía al acto administrativo el carácter de –ejecutorio- en todos los casos, implicando con ello dos caracteres: Que debía cumplirse, y que la administración tenía a su disposición los medios necesarios para hacerlo cumplir por medio de la coerción. La ejecutoriedad se dividía entonces en propia e impropia, según que la administración tuviera ella misma los medios de coerción, o debiera solicitarlos a la justicia”* (p. 18)

Podemos entonces decir en palabras de Gordillo que es ejecutorio cuando la administración tenga expresamente o en forma razonablemente implícita, otorgados por el ordenamiento jurídico los medios para hacerlo cumplir ella misma por la coerción, y que no lo es cuando deba recurrir a la justicia para lograr su cumplimiento. No obstante *“La doctrina moderna, prefiere caracterizar al acto administrativo como “-ejecutivo,- señalando con ello el que debe cumplirse, y tomar como característica aparte la de su posible ejecutoriedad”* (Gordillo, 2013, p. 18)

Al respecto, los juristas Dromi y Fiorini indican:

*“Como afirma Dromi: -los elementos del acto administrativo (sujeto, competencia, objeto forma, etc.), hacen la validez del mismo en razón de la juridicidad y legalidad del que hacer administrativo-. Luego según nos explica Fiorini -El acto existente y presuntamente válido suma un atributo que no es a su existencia y validez, sino a su realización, es decir, a su operatividad ejecutoria-”* (citado por Granja, 2001, p. 309)



De esto, entendemos que la ejecutoriedad del acto administrativo no es una propiedad esencial, sino una cualidad inseparable del acto que, faltando le imposibilitaría la eficacia del órgano administrativo. En consecuencia, la ejecutoriedad necesita de una norma para su realización.

Sin embargo de lo expuesto, existen dos elementos que permiten determinar la existencia de un acto administrativo, que según Manuel María Díez (Biblio.juridicas.unam, s.f), son el mérito y la oportunidad. Por el primero se entiende la conveniencia de acto en razón de su utilidad, y por oportunidad, la conveniencia del acto en razón del tiempo.

El mérito es entonces, el medio por el cual se analiza la pertinencia de la emisión del acto, es decir, el conjunto de antecedentes de tipo jurídico, técnico y económico que arrojan los diversos estudios o informes del caso, así como de la observación de los factores socio-políticos, y finalmente el análisis y relación de las normas, que dará como consecuencia la emisión del acto administrativo.

Agustín Gordillo (2013) considera, que el mérito, es esencialmente subjetivo pero únicamente en cuanto a determinar la oportunidad para la expedición del acto, y que no hay que confundirlo con el motivo del acto, así también, Héctor Escola, señala que *“él merito se refiere a la oportunidad o conveniencia en la expedición del acto Administrativo, y que está conveniencia está en íntima relación con los fines del Estado”* (citado por Villalba, 2014,p. 16)

### **2.2.2 Concepción legal**



En esta parte es importante hacer mención, a la Ley Orgánica de procedimientos Administrativos de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial No 2.818 Extraordinario del 1 de Julio de 1981, que en su artículo 7, indica:

*“Art 7. Se entiende por acto administrativo, a los fines de esta Ley, toda declaración de carácter general o particular emitida de acuerdo con las formalidades y requisitos establecido en la Ley, por los órganos de la Administración Pública”.*

Venezuela es uno de los pocos países que posee una Ley que define al acto administrativo como tal, pues muchos otros regulan el que hacer administrativo, el proceso administrativo, incluso los requisitos del acto administrativo, pero no la definen.

En Ecuador el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en su artículo 65 define: *“Acto Administrativo. Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”*, así también lo define el COOTAD en su artículo 364.

Analizaremos entonces el contenido de esta norma:

- Es toda, se entiende que con esta expresión, se refiere no solo a los actos netamente administrativos, sino también los actos de gobiernos y los actos políticos que como mencionamos anteriormente el Doctor Jorge Moreno, considera deben excluirse.
- Declaración, *“pretende explicar que es un proceso intelectual y por ende humano, por el que se expresa, manifiesta y se exterioriza la voluntad,*



*sea a través de un documento escrito, símbolos, señales o señas” (Moreno, 2014, p. 127)*

- Unilateral, porque la declaración depende exclusivamente de la voluntad de un solo sujeto de derecho, es decir, de la administración pública. No se entienden dentro de esta definición, los actos administrativos bilaterales como es el caso de un contrato.
- Efectuada en ejercicio de la Función Administrativa, pues el acto administrativo es tal, cuando es generado en ejercicio de la función administrativa, sin importar que el órgano que la ejerza sea ejecutivo, legislativo o judicial, electoral, transparencia y control social. Bajo esta expresión se incluye a los actos ejercidos por entes públicos no estatales, que por delegación o concesión prestan servicios públicos.
- Que produce efectos jurídicos, porque el acto administrativo es una manifestación eminentemente jurídica, de derecho, esto es que genera derechos y obligaciones para ambas partes, administración y administrado. Así, se excluye tanto la actividad no jurídica, como aquellos que no producen efectos jurídicos.
- Individuales, porque los efectos jurídicos que produce el acto por regla general son de naturaleza subjetiva, particular o especial, que los distingue por ejemplo de los reglamentos que producen efectos jurídicos generales.
- Directos, pues los efectos jurídicos del acto, no se encuentran subordinados a ningún acto posterior, lo que lo diferencia de los dictámenes, informes, proyectos, etc., que no son propiamente actos administrativos, sino actos de simple administración que se emiten para hacer posible el acto principal posterior.



## 2.3 Elementos esenciales del acto administrativo

El tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones o requisitos indispensables para su validez y eficacia, por lo tanto deben ser cumplidos. Al respecto el distinguido jurista Miguel Marienhoff explica: *“De modo que los elementos del acto administrativo son los requisitos que deben concurrir simultáneamente para la plena validez y eficacia del acto en cuestión”* (citado por Granja, 2001, p. 303)

En el campo de la doctrina no existe entre los tratadistas coincidencia respecto de cuales son dichos elementos, así, para algunos autores *“los elementos del acto administrativo perfecto son los que se refieren a la legitimidad y el mérito”* (Lerner, 1954, p. 332). El Doctor Jorge Moreno Yanes (2014) expresa que se habla de elementos fundamentales, como son: la competencia y el objeto, pero se incluyen como elementos independientes, al contenido, la causa, motivo y finalidad.

Sin embargo, **Manuel María Díez** clasifica a los elementos esenciales como la manifestación de la voluntad, competencia u órgano competente, el objeto o causa, la forma y el contenido del acto. (citado por Villalba, 2014, p. 19)

Los examinaremos a continuación:

### 2.3.1. Manifestación de la voluntad

Existe una discusión doctrinal entre varios tratadistas sobre la naturaleza de la voluntad y su real ubicación, unos afirman que es un presupuesto obvio, sine qua non del acto administrativo y que por lo tanto no es un elemento; sin embargo, como



mencionamos anteriormente el tratadista Manuel María Díez determina que la voluntad es uno de los elementos esenciales del acto administrativo.

La manifestación de la voluntad, como explica el Doctor Moreno (2014), es: *“La declaración de la voluntad de la autoridad competente para expedir o emitir el acto administrativo”* (p. 132)

La declaración de la voluntad debe ser expresa y contener tanto los *“elementos objetivos (normativo-procesales) como los elementos subjetivos (intelectivos”* (Moreno, 2014, p. 132). La voluntad se genera entonces, a través de un proceso de orden psíquico, este razonamiento debe estar conforme a los lineamientos, normas y principios jurídicos, tomando en cuenta que los funcionarios públicos solo pueden hacer lo que la ley les faculta, y lo que su competencia les permite.

Si la voluntad no se ajusta a la norma jurídica, es decir, no existe concordancia entre la norma jurídica que enuncia e invoca la autoridad, explica el Doctor Moreno (2014) que *“el acto carece de validez por vicio en la voluntad”* (p. 132)

La voluntad puede ser también tácita:

*“En cuanto a la voluntad tácita, ocurre cuando no existe manifestación expresa de la voluntad de la autoridad, no existe pronunciamiento, existe inercia, desidia, omisión en expresar la voluntad dentro del plazo que la norma jurídica le exige actúe. Cuando esto ocurre la omisión del pronunciamiento conlleva a que sea la norma jurídica la que supla la voluntad de la autoridad, cuyos efectos pueden ser la negativa de la petición o solicitud del administrado, o, la aceptación del requerimiento-Art 28 LME. Hablamos por tanto del silencio administrativo”* (Moreno, 2014, p. 133)



Se debe entender a la voluntad, no como la voluntad de las personas naturales quienes ejercen la vocería del Estado, sino como la voluntad de la administración misma. Sin embargo de lo expuesto, se ha dicho que hablar de voluntad en el orden administrativo es una incorrección, porque el órgano no la tiene. La causa creadora del acto se encuentra en una norma y se justifica por su validez. Todo acto administrativo se forma con una conducta voluntaria realizada dentro de normas legales por el titular.

### **2.3.2. Competencia**

La competencia es el conjunto de facultades o atribuciones de los órganos o entes, establecidos de manera concreta y limitada por el ordenamiento jurídico. Al respecto, García de Enterría y Ramón Hernández, sostienen que la competencia es *“la medida de la potestad que corresponde a cada órgano”* (citado por Moreno, 2014, p. 129), lo expresado guarda relación con lo que, sobre competencia determina el ERJAFE, en su art 84.

Roberto Dromi (2001) nos enseña en cambio que *“la competencia de los órganos administrativos, es el conjunto de atribuciones que, en forma expresa o razonablemente implícita, confiere la Constitución Nacional, la Constitución provincial, los tratados, las leyes y los reglamentos”*(p. 255)

Así, la observación de la competencia es indispensable para la actuación válida del órgano. Cuando un acto administrativo es resultante de una autoridad competente se dirá que es legítimo. Sin embargo, la competencia condiciona la validez del acto, pero no su condición propia de acto estatal o no estatal; es decir, puede haber actos cumplidos con incompetencia.



La competencia del acto administrativo reúne las siguientes características:

- **Expresa:** debe emanar de la Constitución o la ley.
- **Improrrogable e indelegable:** Porque debe ser ejercida directa y exclusivamente por el órgano que tiene atribuida la potestad como propia, salvo los casos de delegación, subrogación, avocación, etc., previstos por ordenamiento jurídico.
- **Irrenunciable:** es decir, indeclinable. No se puede renunciar ni declinar la competencia, porque como dice el Doctor Moreno (2014) esta pertenece al órgano, más no a la persona física.
- **Inderogable:** Según el Doctor Jorge Moreno (2014), esta es también una característica de la competencia, puesto que, se consagra por el interés público y surge de una norma jurídica.

Las clases de competencia:

El acto administrativo debe emanar de órgano competente según el ordenamiento jurídico, que ejerza las atribuciones conferidas en razón de la materia, territorio, tiempo y grado.

1. **Por la Materia:** Se refiere a las actividades o tareas que legítimamente puede desempeñar el órgano. Según el carácter de la actividad, la materia puede ser deliberativa, activa, consultiva y de control. Impera también dentro de esta clase de competencia el principio de la especialidad, de particular aplicación a los entes administrativos, según el cual estos solo pueden actuar para el cumplimiento de los fines que motivaron su creación.
2. **Por el territorio:** Comprende la circunscripción territorial en el cual es legítimo el ejercicio de la función, por parte de los órganos o entes estatales. Se



vincula a las divisiones o circunscripciones político administrativas del territorio del Estado, dentro de las cuales los órganos administrativos deben ejercer sus atribuciones.

3. Por el grado: La organización administrativa se integra verticalmente. Culmina en un órgano supremo, al que se subordinan los órganos de rango inferior. El grado es la posición o situación que ocupa el órgano dentro de la pirámide jerárquica, el inferior en grado está subordinado al superior.

La competencia en razón del grado, se refiere a la posición que ocupa un órgano dentro de la ordenación jerárquica de la Administración. Así, el jurista Dromi (2001) nos explica *“Siendo la competencia improrrogable, no puede el órgano inferior tomar la decisión que corresponde al superior y viceversa.”* (p. 257)

El acto puede estar viciado de incompetencia en razón del grado según Dromi (2001), en dos hipótesis esenciales: a) cuando al órgano le ha sido conferida antijurídicamente una competencia determinada: en este caso, aunque el órgano no se salga de la competencia que le ha sido conferida, el acto puede no obstante estar viciado en razón de que dicha competencia es ilegítima; b) cuando, siendo legítimo el otorgamiento de competencia al órgano, éste se excede de la misma

4. Por el tiempo: comprende el ámbito temporal en que es legítimo el ejercicio de las atribuciones conferidas. La competencia es por regla general permanente, en cuanto el órgano puede ejercer en cualquier tiempo las atribuciones que le han sido conferidas, sin embargo, en ciertos caso el órgano puede ejercer la atribución solo por un lapso determinado, se dice entonces que la



competencia es temporaria. La autoridad debe actuar en aquel espacio temporario, caso contrario pierde la competencia por el tiempo.

### 2.3.3. La causa o el objeto

La causa, es el elemento determinante de los hechos o antecedentes que les sirven de base en la aplicación del derecho. Entendida como los antecedentes de hecho y de derecho que en cada caso llevan a dictar el acto administrativo, es la razón o motivo por la cual la administración toma una decisión, que llevará al fin que persigue la Administración Pública, esto es bien común.

Fiorini (1968) sostiene que la causa *“es un elemento lógico que se integra con diversos datos materiales. La causa es un elemento lógico que comprende el “por qué” y se compone de los antecedentes fácticos, circunstancias y normas que se concentran y evalúan su contenido de fuente creadora del acto administrativo”* (p. 330)

El objeto se identifica con la materia o contenido del acto, es en lo que consiste o sobre lo que incide la declaración administrativa. El Doctor Jorge Moreno (2014) expresa:

*“Tiene relación con lo que se decide, certifica u opina. El objeto debe ser lícito, cierto, claro, preciso, posible jurídicamente. El objeto debe adecuarse a lo que prevea el ordenamiento jurídico, caso contrario, si el objeto vulnera el ordenamiento jurídico, el acto carece de licitud”* (p. 131)

Para Roberto Dromi (2001), el objeto comprende:



*“Las materias que necesariamente forman parte del acto y sirven para individualizarlo (contenido natural); las cuestiones mandadas a contener por imperio de la ley (contenido implícito), y las cláusulas que la voluntad estatal puede introducir adicionalmente en forma de condición, termino y modo (contenido eventual)” (p. 260)*

En cuanto a su requisitos, el objeto tiene que ser lícito, cierto, posible y determinado. El objeto no debe ser prohibido por el orden normativo.

El acto debe ser determinado o determinable. Es decir, que se pueda precisar la disposición adoptada por la autoridad administrativa. El necesario saber de qué especie de acto se trata, a que personas o cosa afecta, en que tiempo y lugar habrán de producirse los efectos queridos.

La causa y el objeto se encuentran íntimamente relacionados en la emisión del acto administrativo, ya que el primero determina la razón por la cual se toma la decisión y el segundo se explica en la finalidad que lleva consigo la decisión administrativa, como se explica en la resolución No. 001-2002-AA del Tribunal Constitucional. El examen y análisis de ambas, causa y objeto, desembocara en la respectiva motivación del acto, que determinará si fue emitido conforme a derecho bajo los lineamientos jurídicos y no ha sido emitido de manera arbitraria.

La resolución No. 001-2002-AA del Tribunal Constitucional, en su parte pertinente, determina:

*“La motivación es un requisito esencial que determina la relación de la causa y el objeto del acto, la causa es la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación entre la causa y el objeto del acto, la causa es*



*la razón que justifica o determina la toma de una decisión y el objeto hace relación con la finalidad para que se toma una determinación. El análisis de la motivación toma en cuenta la razón por la que se adopta una decisión y la finalidad de tal decisión, con el objeto de determinar si el acto ha sido o no de manera arbitraria, debiendo parecer del acto esa motivación, tanto de modo formal como material”.*

La motivación es también una garantía constitucional del debido proceso, para el resguardo del Principio de Seguridad Jurídica, esta se encuentra consagrada en el Art. 76, número 7, letra I); así como en el Art. 31 de la Ley de Modernización y en el Art. 122 del ERJAFE.

García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2008) han expresado que:

*“Motivar un acto administrativo es reconducir la decisión que en el mismo se contiene a una regla de derecho que autoriza tal decisión o de cuya aplicación surge. Por ello, motivar un acto obliga a fijar, en primer término, los hechos de cuya consideración se parte y a incluir tales hechos en el supuesto de una norma jurídica; y en segundo lugar, a razonar cómo tal norma jurídica impone la resolución que se adopta en la parte dispositiva del acto” (p. 549)*

La motivación, entendida como la enunciación de las normas y de los hechos particulares, así como la relación coherente entre éstas y aquellos, es el elemento más importante en la emisión del acto administrativo, ya que, la falta de motivación, produce la nulidad absoluta del acto administrativo o resolución.

#### **2.3.4. La forma**



Al momento de definir la forma, debemos distinguirlo de la formalidad, ya que, muchos autores tratan estos dos términos como sinónimos, y le dan un mismo significado, lo cual resulta ser incorrecto. Cuando no referimos al primero, debemos decir que este constituye el modo como se instrumenta o se da a conocer la voluntad administrativa, como dice Dromi (2001), modo de exteriorización de la voluntad administrativa; mientras que el segundo hace alusión a las solemnidades y requisitos que deben cumplir para emitir el acto administrativo.

El teórico Gustavo Prenagos, explica que las formalidades *“Son los requisitos que han de observarse para dictar el acto y pueden ser anteriores, concomitantes y posteriores al acto. La forma es el modo como se estructura la voluntad administrativa que da vida al acto”* (citado por Villalba, 2014, p. 24)

Tanto la forma como las formalidades, deben estar expresamente determinados en la Constitución, las leyes y los reglamentos.

Respecto de la forma de los actos administrativos, el ERJAFE en su artículo 123 establece, que estos:

1. *Se producirán por escrito*, así, los requisitos mínimos para su valides serian según el Doctor Jorge Moreno (2014):
  - Lugar y fecha de emisión;
  - Identificación del órgano o ente del que emana, de ser posible la disposición legal que le atribuye la potestad;
  - Expresión clara de los hechos y normas jurídicas -contenido de la voluntad-: firme de la autoridad de quien emana el acto e identificación de cargo o función a través del que actúa.



2. *Los casos en que los órganos administrativos ejerzan su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, cuando sea necesaria, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.*
3. *Cuando deba dictarse una serie de actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, resuelto por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.*

Finalmente, los defectos de forma pueden generar la nulidad o anulabilidad del acto, depende del caso específico. Al respecto, el Doctor Moreno Yanes (2014) indica que *“la falta de requisitos en cuanto a la forma puede generar la nulidad plena del acto o la anulabilidad del mismo”*. (p. 134).

### **2.3.5. El contenido**

*“Constituye la parte dispositiva del acto, lo que se autoriza, manda, ordena, permite. Por lo tanto, mira la voluntad administrativa toda vez que representa el momento Psicológico de la persona física que ejerce la esfera jurídica del órgano adoptando la decisión, la que tiene que adecuarse a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, ser adecuado y determinado a los fines que persigue la administración pública, congruente con los motivos y fines que lo justifiquen”*  
(Moreno, 2014, p. 132)



La doctrina distingue tres partes en el contenido del acto administrativo: contenido natural, contenido implícito y contenido eventual. Aun que, no faltando quienes de forma más simple reducen esa clasificación a dos términos: contenido natural y contenido accidental.

1. Contenido natural es el que necesariamente forma parte del acto y sirve para individualizarlo respecto de los demás.
2. Contenido implícito se refiere a aquellas cláusulas no expresas, pero que hay que entender incluidas en el acto, porque el ordenamiento jurídico las supone en todas las de la misma especie.
3. Contenido eventual, es el integrado por aquellas cláusulas que el órgano administrativo puede introducir en el acto

Se debe tener en cuenta que el contenido del acto requiere que sea determinado o determinable, posible y lícito. Ramón Martín Mateo, al respecto manifiesta *“Lícito, esto es conforme a la legalidad; razonable, de acuerdo a lo que se propone; posible, en cuanto que elementales imperativos de eficacia hacen que un acto no pueda tener unas características tales que o conviertan en inviable”* (citado por Villalba, 2014, p. 25)

#### **2.4. La impugnabilidad de los actos administrativos**

El acto administrativo se presume legítimo, exigible y hasta ejecutorio, sin embargo, aquello es relativo, pues es impugnable administrativa o jurisdiccionalmente por los administrados, en ejercicio del derecho a la defensa que ampara la Constitución. La impugnación puede ser en sede administrativa o en sede judicial, e incluso en sede constitucional.

El profesor Gordillo (2013) al respecto manifiesta que:



*“Si se reconoce al acto administrativo presunción de legitimidad, exigibilidad, e incluso ejecutoriedad en algunos casos, esas potestades deben ir acompañadas de los medios para que el individuo pueda cuestionar y discutir eficazmente la validez o el mérito del acto que lo perjudica” (p. 36)*

Greta Ramírez (2010), cita en su trabajo de tesis al Dr. Patricio Secaira Durango quien manifiesta:

*“La persona física, titular del órgano público, en ejercicio de su cargo puede tomar una decisión ajena a derecho, sea por acción u omisión, o que esta no se compadezca con la verdad material del proceso administrativo. En ese caso, el administrado tiene la facultad jurídica de reclamar, de impugnar las resoluciones que no le favorezcan.*

*Este derecho es una protección jurídica tutelada por el Estado a través de la legislación. Dentro de esta protección está el derecho al debido proceso y sus pertinentes garantías, relativas a las obligaciones de los servidores públicos de motivar sus resoluciones, cuando los actos afecten a las personas (positiva o negativamente); cuyo alcance es señalar puntualmente los hechos que causan la resolución, las normas jurídicas relativas a ellos y la pertinencia de aplicación al caso.”(p. 51)*

Nuestra Constitución en su Art. 173, manda que *“los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”*; de igual manera el Art. 76 numeral 7, literal m), ordena que el derecho a la defensa de las personas, incluye su capacidad de *“recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”*.



Del mismo modo, la impugnabilidad de los actos administrativos, se encuentra regulado en el artículo 69 del ERJAFE, que establece: *“Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial”*.

El derecho a impugnar los actos administrativos, tiene su fundamento en lo siguiente: dentro del Estado de Derecho deben preverse medios necesarios para que los distintos derechos sean respetados, para evitar que sean violentados, para evitar la arbitrariedad, en fin para evitar un daño al administrado.

Así, la impugnación se traduce en la facultad que tienen los administrados de oponerse, de contradecir, de manifestar su desacuerdo con la decisión de la autoridad pública, a través de los mecanismos previsto en la constitución y la ley mecanismos procesales son los recursos y reclamos, a través de los cuales el administrado expresa los motivos por los cuales sostiene su impugnación y la petición concreta, a fin de que se repare la lesión cometida.

Además, cabe mencionar que la impugnabilidad del acto administrativo no riñe con su estabilidad porque para la existencia de este último se requiere que el acto reúna las condiciones esenciales de validez, y la impugnabilidad, permite demostrar que no reúne tales condiciones, y por ende, hay ausencia de estabilidad. Sobre este punto Gordillo (2013) explica:

*“Dado que la estabilidad no existe cuando el acto está gravemente viciado, siempre debe reconocerse al tercero afectado la facultad de discutir que el acto no goza de estabilidad por tener un vicio de tal índole, y que debe por ende ser revocado; del mismo modo, dado que la estabilidad juega a favor del interesado*



*pero no es su contra, tampoco puede negarse al beneficiario del acto poder recurrir de él, pidiendo que sea modificado en su favor” (p. 11)*



## CAPÍTULO III

### CONTROL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

#### 3.1. Antecedentes históricos

Nada valdría el principio de legalidad, si su efectividad no estuviera garantizada contra posibles violaciones del mismo. Tal garantía está constituida por las vías abiertas para el control de legalidad de los actos administrativos. Las modalidades de este control consisten principalmente en dos: la acción, mediante la cual se reclama ante el tribunal competente la anulación de los actos administrativos contrarios a derecho, y la excepción de legalidad, o sea, un medio de defensa que permite al demandado invocar la legalidad de este último, cuando la acción ejercida contra él está fundada en un acto administrativo contrario a derecho.

Los antecedentes más directos del control de la legalidad de los actos de la administración deben buscarse en la Revolución Francesa, sin embargo, existen ciertos antecedente en vigencia de regímenes anteriores, como el de la Magna Carta, que supuso la instauración de cierta legalidad a la que el rey debía someterse y a mediados del siglo XII el juez inglés Henry Bracton ya escribía que: *“El rey no ha de estar sujeto a los hombres, sino a Dios y a la ley, pues la ley hace al rey”* (Fernandez, 2013, p. 61)

También revierte importancia mencionar el legendario juramento que se afirma que prestaban los aragoneses a sus reyes: *“Nos, que valemos tanto como Vos, os hacemos nuestro Rey y Señor, con tal que nos guardéis nuestros fueros, y privilegios. Y si no, no.”* (El Justicia de Aragón, 2003, p. 38) El mismo constituía una



clara tradición de legalidad y de limitación de los poderes del soberano en el reino de Aragón.

En general, en cuanto al imperio del derecho durante el antiguo régimen, la idea de Estado que estaba implícita en la Revolución Papal desde su inicio, y la realidad del Estado que emergió del conflicto histórico entre las fuerzas eclesiásticas y seculares que constituyeron la Revolución Papal, fueron en esencia la idea y la realidad de un Estado bajo el imperio de la ley, un “Estado de derecho”. Esto supuso, primero, que las respectivas cabezas de cada cuerpo, el eclesiástico y el secular, introducirían y mantendrían sus propios sistemas legales, esto es, emitirían leyes con regularidad, establecerían sistemas judiciales, organizarían órganos de gobierno, y, en general, gobernarían mediante leyes. Segundo, supuso que las respectivas cabezas de cada uno de los cuerpos estaría sujeta a la ley que ellos mismos habían promulgado; podían cambiarla legalmente, pero hasta que lo hicieran debían obedecerla –debían gobernar bajo la ley.

Así, durante buena parte de la Edad Media también prevaleció la noción de que tanto el príncipe como los súbditos estaban sujetos a la ley natural, participación de la ley divina en la naturaleza humana, y esta noción cimentó la mentalidad de un orden normativo que rige por encima de la voluntad del soberano. Las leyes, las órdenes y los actos del príncipe podían ser o no legítimos. De modo que la idea misma de un orden normativo por encima de la voluntad del príncipe presupone la inadmisibilidad de los actos arbitrarios y de la falta de seguridad y estabilidad social que derivan de ello.

Durante el absolutismo, en palabras de García de Enterría (2008):



*“...la Administración del Antiguo Régimen funcionaba sobre la idea central de la soberanía del Rey, capaz de actuar tanto por normas generales como por rescriptos singulares no vinculados a Ley alguna y capaces, además, de pasar por encima de las Leyes existentes; y, a la vez, en cuanto se tratase de asuntos administrativos, los jueces llamados soberanos, a quienes se habría trasladado el poder absoluto del monarca, decidían según la razón de Estado y no conforme a una Ley cualquiera que pudiera imponerse a ellos imperativamente.”*

Además indica que:

*“Una de las grandes innovaciones que la Revolución Francesa aportó al mundo europeo fue la de una nueva idea de la Ley [...] la Revolución va a cambiar de forma radical la situación de la Ley en el Antiguo Régimen y va a colocarla en el lugar central de toda la construcción política y, consecuentemente, en la posición jurídica del Estado y, por lo que ahora nos interesa, de la Administración.”* (García de Enterría & Fernández, 2008)

Ahora bien, la idea de la sumisión de la autoridad a la ley, la efectiva limitación de los poderes del Estado y el control legal de la administración pública tampoco fueron frutos inmediatos de la Revolución Francesa, que si bien tuvo mayor influencia en el pensamiento jurídico y político iberoamericanos que la Revolución Norteamericana, careció de las mejores consecuencias que, en cuanto al imperio de la ley, tuvo esta última. Así, mientras que en los Estados Unidos quedó establecido (en 1803) la doctrina del control judicial de la constitucionalidad de las leyes y de los actos del gobierno federal, a raíz de la sentencia escrita por el magistrado John Marshall, en Francia ocurrió lo contrario, quedando la administración fuera del control jurisdiccional. En los Estados Unidos la noción o teoría de la separación de



los poderes se afianzó pero en términos de la conocida expresión de frenos y contrapesos, de manera que a los controles recíprocos explícitamente estatuidos por la Constitución federal, vino a sumarse la facultad de revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, es decir, de los actos del Poder Legislativo. En Francia los revolucionarios querían más bien evitar que los jueces llegaran a tener el poder que, de alguna forma, habían ostentado durante el Antiguo Régimen en cuanto a las ordenanzas reales y por esa razón promulgaron leyes que les vedaron la potestad de juzgar la legalidad de los actos de la administración.

La promulgación de tales leyes no resolvía más que los temores de los revolucionarios, dejando fuera el problema de que la Administración se sometiera a las leyes dictadas por la Asamblea. Y es de esa necesidad, nació y se desarrolló un sistema distinto del norteamericano, mediante la creación de órganos especializados que controlaran la legalidad de los actos de la administración pública. Surge así el instituto jurídico de lo contencioso-administrativo, tanto como un medio de contralor desde dentro de la misma Administración, como también la instancia a la cual pueden llevar sus diferencias y sus quejas.

Por otra parte, el control de legalidad de los actos administrativos, se ejercen de diversa manera en los diversos países, por lo cual mencionare brevemente su ejercicio en algunos países latinoamericanos.

En **Colombia** como en la mayoría de los Ordenamientos Jurídicos de los estados los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, esta presunción de legalidad tiene consagración en el artículo 88 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo (ley 1437 de 2011), la cual traduce que estos se ajustan a las normas y a la constitución. Sin embargo,



dicha presunción puede ser desvirtuada por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, cuando dichos actos son demandados a través de los medios de control pertinentes para ello. (Gerencie, 2014, p.1)

Esta presunción es desvirtuada cuando se ejerce el control jurisdiccional de los actos administrativos; para ejercer control jurisdiccional sobre los actos administrativos en Colombia existen dos vías; por vía de acción a través de los distintos medios de control, cuando son demandados los actos con la finalidad de que se declaren nulos y se saquen del ámbito jurídico.

El control jurisdiccional por vía de excepción, cuando el juez inaplica actos administrativos por ser estos contrarios a la constitución o la ley; cuando el control es por vía de excepción no se declara la nulidad del acto administrativo, sino que se inaplica con efectos interpartes, de conformidad con lo señalado en el artículo 148 del código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, el cual señala lo siguiente:

*“En los procesos que se adelanten ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, inaplicar con efectos interpartes los actos administrativos cuando vulneren la Constitución Política o la ley.*

*La decisión consistente en inaplicar un acto administrativo sólo producirá efectos en relación con el proceso dentro del cual se adopte”.*

Hay que destacar del control por vía de excepción que este no solo puede ejercerse por iniciativa del juez, ya que es admisible que dicho funcionario lo aplique cuando la parte interesada así lo ha solicitado; otro aspecto a resaltar del control por



vía de excepción es que el acto inaplicado sigue vigente en el ámbito jurídico, solo que no se aplica en el caso en concreto. (Gerencie, 2014, p.1)

En **Venezuela** denominado como Control de Ilegalidad en defensa del principio de legalidad son creados controles para frenar las posibles actuaciones legales de la administración. En este país de manera similar al nuestro existen dos tipos de control, los recursos administrativos y los recursos contenciosos administrativos o jurisdiccionales. (Santoyo, 2015, p.2)

Los recursos administrativos: son aquellos que sirven a los administrados para solicitar a la Administración Pública el cumplimiento de su deber de mantener el imperio de la ley. Los principales recursos son:

- El Recurso de Reconsideración
- El Recurso Jerárquico

Los Recursos Jurisdiccionales: su papel es controlar los actos administrativos contrarios al principio de legalidad Administrativa, se ejerce ante un ente jurisdiccional competente según la ley. Los principales son:

- Acción de nulidad por inconstitucionalidad
- El Recurso de Casación
- El Recurso Contencioso-Administrativo de Anulación

En **Chile** conforme el artículo 3 inciso final de la IbPA el acto administrativo se presume legal por el solo ministerio de la ley y dicha presunción se ve reforzada, en los hechos, en aquellos casos en que el acto se ha sometido al examen previo de legalidad, a través del trámite de toma de razón ante la contraloría general de la



república. Sin embargo, se trata de una presunción simplemente legal o *iuris tantum*, lo que permite que pueda ser desvirtuada a través de su impugnación en un procedimiento administrativo o en un procedimiento contencioso-administrativo. Evidentemente, la carga será de quien alega la ilegitimidad, sin embargo la impugnación y la tutela judicial efectiva harán posible controlar la actuación de la administración del estado, siendo una de sus consecuencias la posible extinción del acto administrativo por la ilegalidad de que adolece. Todo aparece claramente consagrado a nivel constitucional (art. 38) y legal (art. 2 ley nº18.575 orgánica constitucional de bases generales de la administración del estado y art. 15 IbPa). (Bermúdez , 2010, p.104)

### **3.2. Control de legalidad en el Ecuador**

El Control de Legalidad de la actuación administrativa en nuestro país se encuentra dividido en tres bloques a saber, el control en sede administrativa, ante y por la propia administración pública, donde los administrados podemos ejercer control interponiendo recursos administrativos; el control de vía judicial que se activa a través de la interposición de acciones ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo o en caso ante el Tribunal Contencioso Tributario; y por último, el Control de Constitucionalidad, (que no constituye propiamente control de legalidad) es aquel que verifica el respeto a la Carta Magna y lo ejerce la Corte Constitucional como órgano especializado, así como los jueces ordinarios, facultados por la Constitución en su artículo 172 que determina que los jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Sin dejar de lado la acción de lesividad que constituye también un medio de control de legalidad de los actos administrativos.



El control de constitucionalidad y el control de legalidad tiene una diferencia fundamental, el primero se presenta cuando inconsistencia con un precepto constitucional; y el segundo cuando existe inconsistencia en relación con un precepto legal. Sin embargo, la Doctora Carmen Amalia Simoné Lasso (2005) vierte un criterio diferente, en su trabajo de tesis titulado “El Control de Constitucionalidad de los Actos Administrativos en el Ecuador”:

*“(...) La distinción resulta ser compleja tomando en consideración que ley y Constitución son parte de un mismo ordenamiento jurídico (...)”*

*Toda norma legal debe necesariamente tener como base a algún precepto constitucional, bien de forma directa, bien de forma indirecta, lo cual nos conduce a afirmar que toda ilegalidad –al menos toda ilegalidad material- que afecte a un acto administrativo, implica consecuentemente una inconstitucionalidad, pues toda violación de la ley afecta la Constitución.” (p.76)*

Por otra parte, puede suscitar casos en que un acto administrativo simultáneamente resulte ser impugnado tanto ante la jurisdicción contenciosa mediante un recurso contencioso, cuanto ante la jurisdicción constitucional mediante la acción de inconstitucionalidad, por adolecer el acto de vicios de ilegalidad que perjudican derechos subjetivos del administrado, que son al mismo tiempo derechos fundamentales consagrados en la Constitución. De darse el caso, la Doctora Carmen Simoné (2005) expone que *“Se ha dicho que el criterio que debe seguirse para determinar la procedencia del recurso contencioso-administrativo (o contencioso-tributario), o de las demás fórmulas de control de constitucionalidad, sería la inmediatez del principio constitucional infringido”*. (p. 77) Por lo tanto, según la Doctora en mención, si el acto contradice sólo de forma mediata la Carta Magna,



o si adolece de vicios de ilegalidad, cabe el recurso contencioso; mientras que si el acto contradice de forma inmediata y directa la Constitución, procede la acción de inconstitucionalidad. (Simoné, 2005)

Al respecto, la Doctora Carmen Simoné (2005) cita la sentencia del Tribunal constitucional, que expresa:

*“Que, en ocasiones ocurre lo que se conoce como violaciones indirectas a la Constitución, es decir, que la afectación realmente se produce contra legislación secundaria que se deriva de la norma suprema. No se debe olvidar que la Constitución es un cuerpo orgánico y dogmático, y por lo tanto, sus normas generalmente son desarrolladas en otras para que encuentren mejor aplicabilidad. De ahí, que las violaciones directas a los preceptos constitucionales ameriten la interposición de procesos constitucionales, pero no toda infracción a la Constitución significa que se puede demandar mediante tales procesos, sino que existen situaciones en que las demandas deben presentar ante otras vías previstas en el ordenamiento jurídico para proteger la ley, y en consecuencia, la Constitución; (...) El Órgano Constitucional, por su naturaleza, se constituye en un órgano de valoración jurídica entre el contenido de los actos en su relación directa con las normas constitucionales, o entre la legislación secundaria también de manera directa con aquellas;”*

De ello entendemos que, sin embargo de los criterios emitidos por ciertos autores, sobre el hecho de cuando cabe acudir a una u otra vía, corresponde al propio órgano de control, valorar la inmediatez o mediatez, la afcción directa o indirecta a la Constitución, en cada caso concreto. Ello implicará que el administrado que impugne un acto por considerarlo inconstitucional o ilegal, deberá esperar la



resolución del órgano. Estos inconvenientes han conllevado a que los afectados interpongan simultáneamente acciones de inconstitucionalidad y juicios contenciosos.

Al respecto, la sentencia del Tribunal constitucional, manifiesta que es posible entablar acciones simultáneas:

*“(...) en esta clase de procesos esta Magistratura ejerce control de constitucionalidad de actos administrativos, el que tiene un objeto específico: fiscalizar la regularidad constitucional de los actos administrativos. La interposición simultánea de otras acciones a través de las que se impugnen estos mismos actos no enerva ninguno de los procesos: de este modo, si se interpuso recurso contencioso administrativo y demanda de inconstitucionalidad, ninguna de las acciones se afecta, pues su objeto es distinto (control de legalidad el primero y de constitucionalidad el segundo)”* (citado por Simoné, 2005, p. 78)

De modo que, no hay listis pendencia entre recurso contencioso administrativo y la acción de inconstitucionalidad, pues tal como menciona la Doctora Carmen Simone la primera se dirige contra la autoridad pública de quien emanó el acto, mientras la segunda se dirige contra el acto como tal, además los objetos de una y otra, son diversos.

*“Como hemos mencionado con anterioridad, la acción contencioso administrativa se dirige propiamente contra el órgano o la autoridad de quien emanó el acto, mientras que la acción de inconstitucionalidad se dirige contra el acto mismo. Igual situación ocurre con la acción de amparo. En cuanto al objeto de estas acciones, mientras que la acción de inconstitucionalidad tiene por objeto la*



*suspensión de los efectos de un acto violatorio de la Constitución, el recurso contencioso administrativo pretende la anulación de un acto lesivo de los derechos subjetivos del administrado (...)* (Simoné, 2005, p.79)

Por otra parte, es preciso definir “el control de legalidad de los actos administrativos”, para ello debemos definir en primera instancia que es la legalidad. Como debemos haber indicado en capítulos anteriores, legalidad es toda actuación que se realice dentro del marco del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico está conformado *“Por la ley escrita y por la ley no escrita, formando lo que se ha dado a llamar el bloque de legalidad, tenemos que los principios generales del derecho integran ese bloque y ese ordenamiento”* (Romero, s.f, p.74)

Según algunos diccionarios *“La palabra control proviene del término francés contrôle y significa comprobación, inspección, fiscalización o intervención”*. Sin embargo, en el contexto jurídico, la palabra control, no se limita únicamente a supervisar las actividades de otro o las propias, ya que además, establece métodos que eviten el ejercicio abusivo del poder.

*“Su función, pues, no es solamente vigilar el respeto a los límites, sino también evita el abuso de poder, impidiendo que se lleven a cabo acciones que vulneren las normas que lo estableces o, en su defecto, imponer sanciones a quienes se extralimiten en el ejercicio de sus funciones”* (Unam, biblio.juridicas.unam, s.f, p.1)

Podemos definir el control de legalidad de los actos administrativos como la comprobación que se hace de los actos emitidos por la administración, para establecer que se hayan realizado conforme a las normas que le son aplicables.



El control de legalidad se puede ejercer tanto administrativamente, como judicialmente, como ya indicamos en líneas anteriores. Pero cabe precisar que *“El control a realizar por la jurisdicción contenciosa-administrativa es exclusivamente un control de legalidad, sin que la jurisdicción pueda entrar a analizar cuestiones de oportunidad, conveniencia o utilidad”* (Moreno, Massó, & Pleite, 2006, p.2). Además, el control de legalidad de los actos administrativos es una facultad propia de la administración, o en su caso de la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo cual no puede ejercer dicho control ninguna otra jurisdicción.

El jurista Alfredo Manrique Reyes, en su obra *“Fundamentos de la organización y del funcionamiento del Estado Colombiano”* al tratar el control de legalidad de la actuación administrativa, cita al Doctor Álvaro Tafur Galvis, quien agrega:

*“Establecido el control de legalidad como garantía de la administración y del administrado, corresponde a éstos, en principio, desatar los mecanismos de control que permitirán constatar si el acto se acomoda o no a las normas superiores y si no causa agravo injustificado a intereses subjetivos debidamente protegidos”* (Manrique, 2010,p.354)

### **3.3. La legitimidad y la Oportunidad**

En la legislación ecuatoriana la no verificación de la legitimidad y la oportunidad en la emisión de los actos administrativos, son razones de extinción y reforma del mismo, conforme lo establecido en el 90 del Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva: *“Art. 90.-RAZONES.-Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad”*.



Cabe en este momento recordar el mérito y la legitimidad ya analizados con anterioridad. Por el primero se entiende el medio por el cual se analiza la pertinencia de la emisión del acto, es decir, el mérito es el estudio de la conveniencia pública en donde la autoridad decide o prevé la existencia de la necesidad para la emisión del acto de acuerdo a la norma jurídica.

El mérito entonces debe preceder a la emisión del acto administrativo, que debe exteriorizarse por medio de los respectivos informes técnicos, jurídicos y económicos; que deben reflejar los estudios de pre-factibilidad y factibilidad de la emisión del acto.

La legitimidad, es la correcta observancia de la ley en la emisión del acto administrativo, es decir, el acto es emitido conforme a derecho. Este debe establecerse en relación no solo de la ley, sino al hecho y el objeto del acto administrativo.

Para regular la actuación administrativa se han impuesto varios límites jurídicos que aseguran el respeto a la norma y permite el control de la actividad administrativa. De acuerdo con el jurista Dromi (1987) *“El principio de la legalidad opera en el quehacer de la Administración pública -no siempre estatal-, imponiendo una determinada modalidad de obrar, ajustada a reglas jurídicas y políticas, de legitimidad o juridicidad estricta y de oportunidad o conveniencia.”* (p.71)

Para verificar la legitimidad del acto administrativo es necesario que exista una fuente primaria permisiva, es decir una norma que habilite al funcionario a obrar. Es así, que la función administrativa debe actuar en estricta aplicación del principio de legalidad, conforme el cual solo se puede hacer lo que está permitido expresamente por la ley.



Sin embargo, la legitimidad abarca no solo lo reglado, sino también los actos discrecionales, que son por consiguiente objeto de control. Por tanto se dice que el primer límite del poder discrecional es la autorización de la ley, pues un la administración no puede ejercer atribuciones discrecionales, a menos que la propia ley le conceda esta facultad.

El acto administrativo discrecional según el doctor Patricio Secaira es:

*“Aquel que se expide en ejercicio de la libertad que la ley concede a la autoridad pública para que resuelva asuntos específicos. (...) Esta especie de libertad legal entregada al administrador, le permite decidir los asuntos aplicando la sana crítica, el efecto de justicia y la garantía del bien público protegido.”* (citado por Villalba, 2014, p.65)

La actividad discrecional de la administración es inevitable para el cumplimiento de los fines del estado, sin embargo, el derecho a ejecutar los actos discrecionales no libera a la administración de un comportamiento adecuado en la observancia del orden jurídico. Por ello, es necesario el control de legitimidad al actuar discrecional de la administración, en base a los límites jurídicos de razonabilidad, no desviación del poder, buena fe, equidad, principios generales del derecho.

El Reglamento para el control de la Discrecionalidad emitido por Decreto Ejecutivo No. 3179, Registro Oficial 686 del 18 de Octubre del 2001, al tratar sobre actos administrativos discrecionales, establece:

*“Art. 2.-De los actos discrecionales.-La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de*



*racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, ni sea utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue. (...)*”

Es deber de la administración, controlar y verificar la legitimidad del acto administrativo, su oportunidad y conveniencia, pues aquello conllevará al correcto funcionamiento de en drenaje administrativo y el cumplimiento de los fines estatales, además de otorgar seguridad jurídica.

### **3.4. Técnica de Control de la Juridicidad Administrativa**

La técnica de control de la juricidad administrativa tiene por objeto la fiscalización del actuar administrativo, a través de un conjunto de normas o reglas, tomando en consideración la competencia, la motivación, la comprobación, la calificación, la elección y finalidad en el dictado y ejecución del acto.

#### **3.4.1. Competencia**

El control de competencia, hace referencia a la autoridad que emite el acto administrativo, quien a su vez debe estar dotado de atribuciones legales.

La competencia administrativa es la aptitud legal expresa que tiene un órgano para actuar en razón, de la materia, del territorio, de las personas, grados y tiempo. Es decir, la competencia es el conjunto de atribuciones de los órganos y entes que componen el Estado, las mismas que son precisadas en el ordenamiento jurídico.



Por tanto, a través del control de competencia se verifica si la autoridad pública se encontraba dotada de atribuciones jurídicas tanto en la materia sobre la cual recae la decisión, en el territorio en el que actúa, el tiempo, y finalmente determinar el grado jerárquico, es decir, la autoridad que emitió el acto administrativo fue la legal.

Es característica propia de un Estado democrático la asignación de funciones, y potestades públicas a diferentes órganos e instituciones, los cuales ejercerán solamente las competencias y facultades que la Constitución y la ley les han atribuido; para lograr una buena organización administrativa y el pleno cumplimiento de los fines estatales.

### **3.4.2. Motivación**

Una vez verificada la competencia de la autoridad que emitió el acto y de no encontrarse reparos jurídicos en ella, se procede con el control de motivación, pues es el momento oportuno para analizar el hecho que motiva la decisión, la circunstancia fáctica habilitante de la emisión del acto administrativo.

Nuestra Carta Magna, establece en su artículo 76, numeral 7, literal I:

*“(...) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados (...)”*



La Ley de Modernización del Estado al respecto de la motivación, establece en su artículo 31 se lo siguiente:

*“Art. 31.- MOTIVACION.- Todos los actos emanados de los órganos del Estado, deberán ser motivados. La motivación debe indicar los presupuestos de hecho y las razones jurídicas que han determinado la decisión del órgano, en relación con los resultados del procedimiento previo. La indicación de los presupuestos de hecho no será necesaria para la expedición de actos reglamentarios”*

De los preceptos legales se desprende la obligatoriedad de la administración de motivar sus decisiones, pues se trata de un elemento sine qua non de los actos administrativos. Esta obligatoriedad adquiere aún más importancia al tratar el tema de los actos administrativos discrecionales, ya que, es a su vez, uno de los elementos fundamentales del control de la arbitrariedad.

A través del control de motivación se debe, primero comprobar si el hecho invocado por la autoridad que emitió el acto administrativo, existió en realidad. Para ello debe atender a la documentación pertinente adjuntada a la decisión. Si el hecho invocado no es real, no existe, el actuar de la Administración será contrario a derecho, por carecer de motivo.

Siendo existente y real el hecho, este debe encontrarse tipificado por la norma como situación habilitante para la actuación de la administración. De no ser así, la decisión administrativa no se ajusta a derecho y debe ser observada por el órgano de control.

Por otra parte, cuando se haya emitido un acto administrativo discrecional, se procederá con el control de motivación de acuerdo a elementos externos que



prueben que ese acto fue emitido dentro de los límites legales, tales como el bien común o el interés público.

Al respecto, el Reglamento para el Control de la Discrecionalidad en los actos de la Administración Pública, establece en su artículo 4, inciso tercero, lo siguiente:

*“(...) La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo”*

Así, la motivación es un requisito fundamental en la emisión de actos discrecionales, ya que tiene relación con la validez misma del acto, pues permite diferirlo de la arbitrariedad, además de garantizar la tutela judicial efectiva y la defensa del administrado.

La motivación es una de las garantías básicas plasmada en nuestra Carta Magna, en su artículo 76, numeral 7, literal I; así como el artículo 31 de la Ley de Modernización y el artículo 22 del ERJAFE.

En resumen, el acto administrativo, ya sea que su emisión corresponda a una actividad reglada o discrecional, debe siempre ser motivada al momento de emitirse, pues ello le otorga validez al mismo, de lo contrario, estaría viciado por falta de causa o motivo.

### **3.4.3. Comprobación**



En el control de comprobación, se trata simplemente de una constatación de los hechos que constituyen el presupuesto fáctico del acto.

Incluso tratándose de un acto administrativo discrecional, la sumisión a la comprobación del hecho factico, revierte gran importancia, y la administración debe ceñirse a ello en la emisión del acto.

Al respecto el Tratadista Roberto Dromi (2001) expresa:

*“La Administración, aun encontrándose en ejercicio de un poder discrecional, debe ceñirse a los límites de la comprobación de los hechos y calificación de los presupuestos de hecho. La comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, o la exactitud material de los hechos básicos de la decisión, evita, por otra parte, el llamado error de hecho. Este puede ser controlado también jurisdiccionalmente, y consiste simplemente en el falso conocimiento de la realidad” (p.1050)*

La no comprobación exacta de los presupuestos de hecho del acto, puede conllevar por una parte, al llamado supuesto de hecho, que se da cuando la administración se fundamente en hechos inexistentes o que sucedieron de manera distinta a la apreciación dada por la autoridad al momento de la emisión del acto; y por otra al llamado falso supuesto de derecho, cuando la administración se fundamenta en una norma que no es aplicable al caso concreto.

#### **3.4.4. Calificación jurídica de los hechos**

Una vez comprobada la existencia concreta del hecho y realizada la sumisión de esta a la norma, que previamente habilita a la autoridad a emitir un acto



administrativo, corresponde realizar la calificación jurídica de los hechos. Sobre el tema, el jurista Roberto Dromi (2001) manifiesta:

*“Verificada la existencia concreta del hecho y precisada su tipicidad normativa, que prefigura la habilitación jurídica previa del administrador, corresponde observar lo que se denomina la calificación jurídica. Es decir, si tal hecho existe y es habilitante de la actuación administrativa...”* (p.1051)

La errónea calificación jurídica de los hechos o su omisión, conlleva a una tergiversación de procedimientos y consecuentemente la violación de derechos de los administrados.

La existencia del hecho debe estar verificado para establecer una correcta relación con la norma, y es obligación del órgano contralor determinar si la autoridad que emitió el acto, ha realizado la calificación jurídica. Al respecto Roberto Dromi (2001) expresa “Es tarea esencial del órgano de contralor determinar si el autor de la decisión ha calificado correctamente en Derecho su actuar en lo concerniente al hecho.”(p.1051)

La calificación constituye además, un claro limitante de la actuación administrativa discrecional, pues a través de ella se logra determinar los abusos de la administración pública.

### **3.4.5. Elección**

El control de elección, se relaciona directamente con el momento en el cual la administración debe expresar su decisión, ya que la autoridad administrativa posee



cierto tipo de libertad para elegir cuando y bajo que parámetros y circunstancias emitir un acto administrativo.

El control de elección está íntimamente relacionado con la emisión de actos administrativos discrecionales, pues existe una permisón del orden jurídico para que la administración elija oportuna y eficazmente los medios y el momento de su actividad dentro de los fines indicados por la ley. En palabras del tratadista Roberto Dromi (1987) *“la ley permite al administrador ser quien aprecie la oportunidad o conveniencia del acto”* (p.54)

Entendemos por conveniencia la libre apreciación de la autoridad administrativa para emitir un acto, dentro de los límites legales, por considerarlo pertinente e idónea para la satisfacción de la necesidad pública. Es por ello que la conveniencia está en íntima relación con los fines que persigue el estado, debido a que es la autoridad quien decide actuar de acuerdo a la utilidad, ventaja o beneficio que ese acto producirá a la Administración.

Se torna un tanto complicado realizar control sobre la libertad de elección que posea la administración, por ello, dicho control debe producirse en base a los principios generales del Derecho como, la justicia, racionalidad, buena fe, proporcionalidad, igualdad, entre otros; conforme el cual se verificara si la elección de la administración fue oportuna y conveniente.

#### **3.4.6. Finalidad**

La actividad de la Administración está condicionada por la Constitución y la ley a la obtención de determinados resultados. Así lo expresa nuestra Carta Magna al



manifestar en su artículo 226 que las instituciones del Estado, tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución; por ello la administración no puede procurar resultados distintos a los perseguidos por el Estado, pues lo que se busca es el logro de determinado fin.

El control de finalidad por tanto, tiene por objeto controlar la sumisión de la administración pública a los fines estatales en la emisión del acto administrativo, de lo contrario desembocaría en desviación del poder por la obtención de un fin diferente al interés general.

También cabe resaltar que en palabras del jurista Roberto Dromi (2001), el control de finalidad de la actuación administrativa viene a ser otro de los límites puestos al poder discrecional por el principio de la legalidad administrativa. (p.1051).

### **3.5. Formas de Control**

El tratadista Roberto Dromi (2001) estudia, como una de las formas de control de legalidad de los actos administrativos, la revocación (p.1052), sin embargo, la anulabilidad revierte gran importancia dentro de ese tema, por lo cual también será objeto de estudio.

#### **3.5.1. Revocación**

Antes de abordar este tema, es necesario realizar un análisis sobre la llamada “revisión de oficio”. La revisión de oficio puede entenderse como el género



común del que podemos diferenciar posteriormente dos especies o variedades, la revocación de actos administrativos y la anulación de actos administrativos, en este último caso a su vez por causa de nulidad o de anulabilidad.

La acción de revisar, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española implica “someter algo a nuevo examen para corregirlo, enmendarlo o repararlo”. Por otra parte, el término revocar del latín *revocare* hace referencia, en primer lugar, y desde un estricto punto de vista etimológico, a “volver a llamar”, siendo la acepción que más interesa destacar del diccionario la de “dejar sin efecto una concesión, un mandato o una resolución”, y ello precisamente tras haberlo sometido a nuevo examen, esto es, a revisión.

De este modo, la revocación, consiste en el propósito de volver a llamar a un acto administrativo con la intención de retirarlo del mundo jurídico.

La revocación es aceptada, como uno de los modos de extinción de actos administrativos y es una facultad propia de la administración, es decir, solo puede darse en sede administrativa. Los juristas García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2001) confirman aquello, al manifestar que *“Se entiende por revocación la retirada definitiva por la Administración, de un acto suyo anterior mediante otro de signo contrario”* (p.644)

Para el Doctor Granja Galindo (2001):

*“...la revocación del acto administrativo consiste en la declaración de voluntad de la administración pública, en virtud de la cual se anulan o modifican los efectos jurídicos producidos por el acto revocado. La revocación es una forma de*



*extinguir la relación jurídica establecida entre la administración y el particular” (p. 110)*

El tratadista Roberto Dromi (1987) también se refiere a ello, y al respecto dice:

*“En sentido lato, revocación es sinónimo de alteración del acto por la propia Administración, y comprende la derogación sin sustitución, la derogación con sustitución y la simple modificación de él por su autor o superior, de modo que en sus consecuencias normativas desaparece del orden jurídico o subsiste pero modificado” (p.702)*

Por lo tanto, la revocación tiene por objeto dejar sin efecto un acto administrativo, por motivos de interés público u oportunidad y legitimidad. Por razones de oportunidad la revocación procede respecto de cualquier tipo de acto administrativo, reglado o discrecional.

Aquello implica entonces, haber reconocido previamente la existencia acto administrativo y de sus efectos. Es decir, se trata de un acto administrativo estable. La estabilidad es uno de los caracteres jurídicos esenciales del acto administrativos, que según el tratadista Roberto Dromi (1987) *“Es la prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado”* (p. 221). Por ello, la potestad revocatoria de la administración encuentra un conflicto entre el interés público a la revocación de la situación existente por un lado y, por otro, la seguridad jurídica del administrado al mantenimiento de su *statu quo* intangible.

De esta manera, por la consecuencia que derivan de la revocación del acto administrativo y por la seguridad jurídica del destinatario del acto, la acción



revocatoria deba producirse mediante la ineludible observancia de una serie de requisitos o exigencias. Por ello no cabe el ejercicio de esa potestad por parte de la administración sin que previamente una norma habilite y determine en forma expresa los supuestos en que la revocación puede producirse, pues la facultad de la administración para revocar sus propios actos administrativos no es absoluta.

Entendemos entonces por revocación, la declaración unilateral de la autoridad competente en ejercicio de una potestad administrativa por la que extingue, sustituye, o modifica un acto administrativo por razones de oportunidad o ilegitimidad, que genera efectos jurídicos directos e inmediatos. Revocación que puede ser total o parcial, con sustitución del acto extinguido o sin ella.

En cuanto a la regulación normativa, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, respecto de la revocación determina:

*“Art. 170.- Revocación de actos y rectificación de errores.*

*1. La Administración Pública Central podrá revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico (...).”*

Del texto se deduce que los actos administrativos declaratorios de derechos, es decir, favorables, no pueden ser revocados por la administración, *“como tampoco los que han servido de fundamento a una sentencia judicial ejecutoriada”* (Zavala, 2011. p.682); la revocación de un acto declarativo de derechos será nulo de pleno derecho. No así, los actos de gravamen o desfavorables que pueden ser libremente



revocados por la administración, siempre que dicha revocación no sea contraria a las leyes.

Finalmente, los actos administrativos pueden ser revocados en cualquier momento, sin embargo, es importante primero definir si el acto es revocable o no, pues en palabras del tratadista Secaira Durango, si estos no rebasan la esfera de la administración interior de la entidad, están orientados al ordenamiento solo de la entidad y no generan efectos jurídicos en terceros es plenamente revocable. (citado por Villalba, 2014, p.75)

### **3.5.2. Anulación**

La anulación es también un modo de extinguir los actos administrativos, por razones de ilegitimidad. Mientras que la revocación cabe en sede administrativa, la anulación cabe en sede judicial, pues existe imposibilidad legal de anular sus propios actos.

Son anulables “los actos que infringen el ordenamiento jurídico”. Al respecto el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva determina los siguientes:

*“Art. 130.- Anulabilidad.*

*1. Son anulables los actos de la administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.*



*2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.*

*3. 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.”*

Así, no todas las infracciones del Ordenamiento Jurídico originan vicios que dan lugar a la anulabilidad. Hay que exceptuar los supuestos de irregularidad no invalidante que comprende en primer lugar las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido, que sólo implicarán la anulación del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, y la responsabilidad del funcionario causante de la demora.

Los defectos de forma sólo invalidan el acto administrativo en algunos del supuesto previstos en la norma, esto es: cuando carecen de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin, cuando producen indefensión de los interesados.

El reconocido jurista Jorge Zabala Egas (2011) se refiere al respecto e indica lo siguiente:

*“En consecuencia, la prescindencia total y absoluta del procedimiento, como hemos visto, es causa de nulidad de pleno derecho, mientras que la nulidad de un concreto trámite exigido por la norma que regule el procedimiento solo da lugar a la anulabilidad del acto administrativo” (p.639)*



La anulación sólo cabe a petición de parte. La nulidad de los actos administrativos, no puede declararse de oficio por los jueces, salvo los casos de inexistencia, en los que, por otra parte, el acto no se presume legítimo.

El tratadista Gordillo (2013), para hablar de anulabilidad, explica primeramente que las nulidades que afectan los actos administrativos son de tres tipos: nulidad, anulabilidad o inexistencia. (p.2)

Además agrega que los vicios que dan lugar a cada uno de este tipo de nulidades, se determina de acuerdo a la importancia y gravedad del vicio en cada caso: *“Si el acto tiene vicios medianamente graves, el acto es anulable; si es muy grave, el acto es nulo; si es grosero, hay inexistencia de acto”* (Gordillo, 2013, p. 2)

Cabe mencionar también que la validez o invalidez del acto no depende de qué elementos están viciados, sino de cuán importante es la trasgresión efectuada al orden jurídico.

*“Si la violación del orden jurídico es grosera, habrá inexistencia de acto aunque él tenga aparentemente todos sus elementos; si la infracción es de poca importancia, el acto será anulable o incluso válido aunque esté viciado uno de los elementos “esenciales” de éste”* (Gordillo, 2013, p. 2)

La anulabilidad o nulidad relativa, se establece en el ordenamiento jurídico en beneficio exclusivo del particular afectado por el acto viciado, por lo que, tiene efectos mucho más limitados que la nulidad absoluta. Así, solo quienes han sido afectados por el acto anulable pueden pedir la declaración de nulidad dentro de cierto plazo, transcurrido el plazo sin acción alguna, gana estabilidad, *“es decir, el vencimiento de plazo previsto en la norma pertinente genera la presunción de*



*consentimiento por parte de o de los interesados, dotando la normativa al acto de una gran estabilidad (...)*” (Zavala, 2011, p. 671); sin embargo, el acto no se considera todavía subsanado, pues la figura jurídica de la convalidación en palabras de doctor Zabala Egas “ *se limita a los actos viciados con ilegalidad, incluida la desviación de poder, es decir ilegalidades que no causan su nulidad de pleno derecho, pues esta es imprescriptible*” (Zavala, p. 672)

Cabe precisar entonces, que las infracciones al ordenamiento jurídico que no causen nulidad de pleno derecho del acto administrativo, son causas de anulabilidad, pues la única causa de anulabilidad tipificada es la desviación de poder, conforme el art. 95 y 130.1 del ERJAFE. Se incurre en el vicio de desviación de poder, cuando se ejerce la potestad administrativa para el cumplimiento de fines diversos a los que a esta específicamente asigna la norma habilitante, aun cuando esa finalidad sea en interés público. Este vicio (la desviación de poder) puede cohabitar con otros vicios de los actos administrativos, sea de competencia, forma o contenido en conexión con la primera, esto se deduce del texto de art. 131.1 del ERJAFE: “*cualquier infracción del ordenamiento jurídico incluida la desviación de poder*”.

Por último, al tratarse de la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, se remite al recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducirlo, solicitando a la autoridad judicial la anulación del acto impugnado por adolecer de un vicio legal, tema que trataremos más a profundidad en el capítulo cuarto.

### **3.5.3. Diferencias entre revocación y anulación**



La distinción radica en lo siguiente: la extinción o eliminación del acto por simples motivos de oportunidad, incompatibilidad con el interés público, conveniencia administrativa o incluso por causas de mérito, constituye revocación; mientras que la eliminación del acto que se da por presunta ilegalidad, corresponde a anulación, o invalidación.

Entonces, lo que determina que un acto sea objeto de anulación o de revocación no es otra cosa que su ilegalidad o inoportunidad respectivamente, para continuar existiendo jurídicamente. Consecuentemente la revocación aparece única y exclusivamente sustentada por parte de la Administración cuándo la necesaria satisfacción del interés público obliga a revocar un acto. Sin embargo, cierta parte de la doctrina afirma que la revocación, bien puede venir originada por motivos de legalidad, lo que para otros doctrinarios, más propiamente implica un verdadero supuesto de anulación, o bien puede producirse por motivos de oportunidad, lo que a juicio ciertos doctrinarios, constituye el verdadero supuesto de revocación de actos administrativos.

Además, revocación y anulación se distinguen de acuerdo con el órgano que dispone la extinción. Se denomina revocación a la que opera en sede administrativa, ya se origine en razones de oportunidad o ilegitimidad. Se reserva el término anulación para nominar la extinción del acto ilegítimo dispuesto en sede judicial. (Dromi, 1987, p.248)

#### **3.5.4. Efectos**



La revocatoria, debe reunir ciertas condiciones con respecto al acto administrativo, al órgano, y al interés público, para que la extinción de esta se efectúe.

Primeramente, es necesario que el acto administrativo produzca efectos jurídicos; que aquellos efectos del acto hayan sido queridos por el órgano revocante y que este tenga la titularidad actual en la relación que intenta revocar; además que una norma jurídica atribuya, expresa o implícitamente, la acción del órgano competente; y la existencia del interés público que exija la extinción de los efectos del acto, cuya permanencia es inoportuna e inconveniente.

Una vez constituido estas condiciones, la revocación surtirá efectos.

Los efectos de la revocación dependerán de la causa que da lugar a la misma, así, si esta se da por falta de oportunidad los efectos serán declarativos; mientras que la revocación dada por causa de la decisión administrativa ilegítima, producirá efectos constitutivos.

La revocación por razones de legalidad surtirá efectos retroactivos. Cabe mencionar que por razones de legalidad solo se puede revocar los actos administrativos imposibles de convalidar. Mientras que cuando la razón de la revocatoria es la oportunidad, donde la administración toda vez que lesione derechos adquiridos de los administrados, deberá indemnizarlos, la revocación del acto administrativo produce efectos desde su dictado y hacia el futuro, no retroactivo, lo que significa que la eficacia del acto originario se mantiene hasta que se produce la revocatoria.



Por otra parte, la anulación se presume legítimo, es eficaz desde que se expide, la decisión que lo declare tiene efecto constitutivo. Además, tiene efectos ex nunc, es decir, desde la fecha en que se decide.

### **3.5.6. Órgano competente para revocar**

La potestad revocatoria por parte de la autoridad administrativa no puede ser ejercida, sin que previamente una norma jurídica lo habilite y determine en forma expresa. Por lo tanto, la competencia debe ser atribuida por la ley.

Los órganos competentes para revocar conforme el Art, 91 inciso dos, son:

- La misma autoridad que emitió el acto administrativo, ya sea de oficio o a petición de un interesado o terceras personas ligadas con los efectos del acto, cuando afecte sus derechos subjetivos.
- La autoridad jerárquicamente superior a aquella que lo emitió, esto en razón del orden jerárquico establecido, según el cual el superior puede revocar el acto emitido con una autoridad inferior; y,
- *“Un órgano administrativo externo a la entidad de la cual provino el acto administrativo”*, (López, 2008, p.24) un órgano por ejemplo que tiene la facultad de controlar la legalidad del actuar administrativo para direccionarlo hacia el cumplimiento del bien común.

### **3.5.7. Revocación por razones de Ilegitimidad**

Como ya mencionamos, la revocación puede tener lugar tanto por motivos de legalidad como de oportunidad (art. 90 ERJAFE). La revocación por motivos de legalidad, encuentra justificación, en la existencia de una ilegalidad, un vicio que



obliga a extinguir o eliminar dicho acto del Ordenamiento jurídico como consecuencia de la “repugnancia jurídica” entre su estructura inválida y los efectos que produce.

El Estatuto de régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, en su artículo 93 determina que la extinción de oficio por razones de legitimidad de un acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas al estatuto, compete cuando este contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados. De la misma manera, deben ser extinguidos los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al estatuto.

Conforme el artículo 94 del ERJAFE, son vicios que impiden la convalidación del acto administrativo los siguientes:

- a) Cuando el acto ha sido dictado por un órgano incompetente en razón de la materia, territorio o tiempo:
- b) Cuando el acto administrativo tenga un objeto imposible o constituya un delito;
- c) Cuando los presupuestos facticos del acto administrativo no se adecuen manifiestamente al previsto en la normas legal que se cita como sustento;
- d) Cuando el contenido del acto tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los fines declarados por el mismo acto;
- y
- e) Cuando los actos no se encuentren debidamente motivados.



Finalmente, el acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos.

### **3.5.8. Revocación por razones de Oportunidad**

La revocación por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, consiste en la eliminación de un acto administrativo como consecuencia de la adopción de nuevos criterios de apreciación del interés público. Así, la revocación, tiende a satisfacer más adecuadamente las exigencias del interés público, por lo que podríamos tratarlo como revocación por razones de interés público.

Lo esencial es determinar que efectiva y realmente el interés público requiera, para su satisfacción, que el acto sea revocado, pues la revocación no puede ser irrazonable.

La extinción o reforma por razones de oportunidad está regulada en el artículo 91 de Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que determina esta tendrá lugar de oficio cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo.

En cuanto al tiempo dentro del cual la Administración pública puede revocar un acto administrativo por razones de oportunidad, cabe advertir que puede hacerlo en cualquier momento, al respecto no hay término. Es comprensible que así sea, pues el fundamento de la revocación por razones de “oportunidad” es “interés público”, de ello deriva que la revocación resultante de esta causal, puede ser declarada cuando el “interés público” así lo requiera, es decir en cualquier momento.

La revocación por razones de oportunidad produce los siguientes efectos:



- a) En cuanto a la vigencia del acto, el efecto consiste en la “extinción” del mismo.
- b) Con relación al “tiempo”, dichos efectos se producen “ex nunc”, es decir para el futuro, o sea a partir de la fecha de la revocación, no tiene efectos retroactivos. Esto es así porque en tal caso la revocación tiene efectos “constitutivos”.
- c) Finalmente, la revocación por razones de oportunidad crea para el administrado el derecho a ser indemnizado (Art. 92 ERJAFE), si tal revocación le produjo lesión jurídica.

La revocación por razones de oportunidad la dispone y lleva a cabo la Administración pública, por sí y ante sí, por tratarse de una potestad ínsita a la misma, ya que la Administración pública tiene la facultad y el deber de apreciar el interés público y de actuar para satisfacerlo.

El pago de la indemnización a que tiene derecho el administrado debe hacerse, en sede administrativa, en forma previa a dictar la resolución que extinga o reforme el acto administrativo; para ello, de oficio o a petición de parte, se instaurará un expediente administrativo que se tramitará de manera sumaria conforme el artículo 92 inciso primero del ERJAFE. Si en esa oportunidad no pudiere efectuarse el pago del monto total de indemnización, deberá ponerse a disposición del administrado un monto razonable, que después sería reajustado. Además, conforme el inciso segundo del artículo prenombrado, los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la Administración con respecto al pago de la mencionada indemnización.



## CAPÍTULO IV

### CONTROL DE LEGALIDAD: IMPUGNACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

#### 4.1 En sede administrativa

Cuando el administrado se sienta afectado por una decisión de la Administración pública, el ordenamiento jurídico otorga a favor de este, la facultad plena de acudir ante la propia administración para manifestar su desacuerdo por medio de reclamos, recursos, solicitudes, peticiones, etc., así como también el derecho de intervenir en sede judicial por medio de acciones judiciales.

Los recursos administrativos suponen, en principio, una garantía del particular, que le permiten a este último impugnar los hechos y actos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración dando lugar a un procedimiento administrativo en sede administrativa. Además promueve el control de legalidad de un acto emanado de la autoridad administrativa.

Según explican los juristas García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (2008):

*“los recursos administrativos son actos del administrado mediante los que éste pide a la propia Administración la revocación o reforma de un acto suyo o de una disposición de carácter general de rango inferior a la Ley en base a un título jurídico específico”* (p.510)



La nota característica más trascendente, es su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a derecho, de ahí su denominación recurso administrativo o impugnación.

El Doctor Marco Morales Tobar en su libro “Manual de Derecho Procesal Administrativo”, cita al jurista Armando Canosa, quien sobre el recurso administrativo conceptualiza:

*“Toda impugnación en término de un acto administrativo interpuesto por quien el acto lo afecte en un derecho jurídicamente protegido, invocando razones de legitimidad o de oportunidad, merito o conveniencia con el objeto de que el órgano que emitió el acto, un superior jerárquico determinado o el órgano que ejerce el control de tutela proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado”* (Citado por Villalba, 2014, p.29)

Entonces entendemos que los recursos administrativos, son los medios que permiten alegar o discutir la validez u oportunidad de un acto o conducta administrativa ante la propia administración autora del acto, para que esta última revise el acto y lo confirme, modifique, o revoque.

Cabe recordar que los recursos administrativos se interponen ante la administración y se tramitan y resuelven por la misma, que reúne en este caso la doble condición de juez y de parte.

El derecho que puede reclamar el administrado en sede administrativa es a través de los recursos de reposición, apelación y extraordinario de revisión, los cuales en adelante serán objeto de estudio.



#### 4.1.1. Recurso de reposición

El recurso de reposición es un recurso administrativo que se presenta con la finalidad de impugnar las resoluciones que emanan de la Administración u órganos administrativos.

Es un recurso que se plantea ante la misma autoridad pública que emitió el acto administrativo con la finalidad de obtener la revocatoria, reforma o sustitución del acto que se encuentra afectando los derechos subjetivos del administrado.

El recurso de reposición está regulado en artículo 174 del ERJAFE que establece:

*“Art. 174.- Recurso de reposición. Objeto y naturaleza.*

*1. Los actos administrativos que no ponen fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente, a elección del recurrente, en reposición ante el mismo órgano de la administración que los hubiera dictado o ser impugnados directamente en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración.*

*2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directo del administrado”.*

Cabe por tanto contra actos que no pongan fin a la vía administrativa. Además, determina la norma el carácter potestativo de este recurso, lo cual significa que puede prescindirse de él e interponerse directamente el recurso contencioso administrativo.



El administrado que demuestre interés directo y afección de sus derechos provocados por la resolución administrativa emitida, puede plantear este recurso.

En cuanto a ¿Que actos se pueden recurrir?, conforme el artículo 173 del ERJAFE, se pueden recurrir las resoluciones y los actos de trámite, que no pongan fin a la vía administrativa, siempre que éstos últimos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, pudiendo fundamentarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 129, 130 y 131 de la ley.

Los actos que ponen fin a la vía administrativa conforme el artículo 179 del ERJAFE, son los siguientes:

- a. Las resoluciones de los recursos de apelación y revisión;
- b. Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una ley establezca lo contrario;
- c. Las demás resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca; y,
- d. Los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la consideración de finalizadores del procedimiento.

El plazo para la interposición del recurso de reposición, según el artículo 175 es de quince días si se trata de un acto expreso, y de dos meses si se produce un acto presunto, que se contara desde el día siguiente al de su producción. Ante la resolución de este recurso no se puede proponer nuevamente el mismo recurso, pero se puede plantear el recurso de apelación o continuar en sede judicial a través



del recurso contencioso administrativo. También se puede interponer el recurso extraordinario de revisión mientras procede.

#### **4.1.2. Recurso de Apelación**

También conocido como recurso de alzada o recurso Jerárquico, es un medio de impugnación de un acto administrativo a través del cual el superior jerárquico al órgano que lo dictó revisa la resolución recurrida agotando la vía administrativa y dejando abierto el cauce jurisdiccional.

El artículo 176 del ERJAFE señala:

*“Art. 176.- Recurso de apelación. Objeto.*

*1. Las resoluciones y actos administrativos, cuando no pongan fin a la vía administrativa, podrán ser recurridos en apelación ante los ministros de Estado o ante el máximo órgano de dicha administración. El recurso de apelación podrá interponerse directamente sin que medie reposición o también podrá interponerse contra la resolución que niegue la reposición. De la negativa de la apelación no cabe recurso ulterior alguno en la vía administrativa.*

*2. Son susceptibles de este recurso los actos administrativos que afecten derechos subjetivos directos del administrado”.*

Los actos impugnables en vía de recurso de alzada son los actos definitivos (resoluciones) o de trámite que no ponen fin a la vía administrativa; este recurso se



lo puede interponer directamente sin que haya existido el recurso de reposición o contra la resolución que la niegue.

El recurso se interpone ante el superior jerárquico a la autoridad que dictó el acto que es objeto de impugnación, que será el competente para resolverlo.

En cuanto al plazo de presentación, es distinto según se impugnen actos expresos o presuntos (Art. 177 ERJAFE):

Si se impugna un acto expreso, el plazo para interponer el recurso es de quince días, a contar desde el día siguiente a la notificación o publicación del acto impugnado; caso contrario en un plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquel en que, de acuerdo con la normativa, se produzcan los efectos del silencio administrativo. Transcurrido el plazo sin la interposición del recurso, el acto quedara firme.

Los motivos de la impugnación pueden ser cualquier causa de nulidad o anulabilidad de las recogidas en el ERJAFE.

El plazo que tiene la autoridad pública para dictar y notificar la resolución del recurso es de dos meses, transcurridos los cuales sin haberse notificado la resolución oportuna, se entenderá que ha sido aceptado, se podría decir que opera el silencio administrativo del recurso a favor del recurrente.

Contra la resolución expresa del recurso o la denegación presunta del mismo, no podrá interponerse ningún otro recurso administrativo; únicamente podría interponerse el recurso extraordinario de revisión una vez que el acto quede firme y



concurriese alguna de las causas que pueden motivar dicho recurso. La vía contencioso-administrativa quedará expedita.

#### **4.1.3. Recurso extraordinario de Revisión**

El recurso administrativo de revisión es un recurso extraordinario como su nombre lo indica, lo cual hace referencia a dos cuestiones: en primer lugar, que procede tan sólo contra actos firmes en vía administrativa, es decir, resoluciones que causan estado. Según el artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

*“Las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o haga imposible su continuación”.*

En segundo lugar, que los motivos de impugnación están tasados en la Ley; a diferencia de lo que ocurre con los recursos administrativos ordinarios (de reposición y apelación), cuyos motivos de impugnación pueden ser cualquier causa de nulidad o anulabilidad de las previstas en la norma.

Al tratarse el recurso de revisión de un recurso extraordinario, que puede interponerla el afectado de manera excepcional, sólo podrá fundarse en la concurrencia de alguna de las causas que se enumeran a continuación de conformidad con el artículo 178 del ERJAFE:



- a) Que la resolución haya sido dictada con evidente error de hecho y de derecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente o de la norma.
- b) Que posterior a la emisión de la resolución aparezcan documentos de un valor esencial, los mismos que hayan sido ignorados y no revisados al momento de expedirse la resolución.
- c) Que en la resolución hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme, anterior o posterior a aquella resolución.
- d) Que la resolución fue el resultado de actos cometidos por funcionarios o empleados públicos que la Ley considera como delitos y así declarados en sentencia judicial.

Pueden solicitar este recurso los administrados quienes estimen ser afectados o tenga interés directo por la resolución 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, con la finalidad de que se revisen las resoluciones formuladas por estas autoridades.

En cuanto se refiere al órgano competente, el recurso extraordinario de revisión se tendrá que presentar ante los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma que, además, será el competente para tramitarlo y resolverlo.

Este recurso puede interponerse en el plazo de tres años se funda en la causa 1 y 2 que se ha señalado anteriormente; y de tres meses después de ejecutoriada la



sentencia para los casos de testimonios falsos y de actos calificados de delitos, que sirvieron para que la autoridad pública emita la resolución que vulneró los derechos del administrado.

El órgano competente para resolver el recurso tiene la posibilidad de inadmitir motivadamente a trámite el recurso, cuando el mismo no se funde en alguna de las causas que se han señalado anteriormente; además deberá pronunciarse no sólo sobre la procedencia del recurso, sino también, en su caso, sobre el fondo de la cuestión resuelta por el acto recurrido.

Cabe indicar, por último que a pesar de existir los recursos de impugnación en la vía administrativa, por medio de los cuales el administrado menoscabado en sus derechos puede intervenir; actualmente no es obligación ni se exigirá como requisito previo el agotamiento de la vía administrativa, pues, el administrado puede recurrir directamente al órgano judicial. Así lo establece la Ley de Modernización del Estado en su artículo 38.

#### **4.2. En sede Judicial**

Rasgo característico del acto administrativo es su impugnación en sede judicial, sin perjuicio de la impugnación que se puede producir ante la propia administración. Es así, que los actos dictados por la administración en Ecuador pueden ser impugnados directamente ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

Esta facultad se ejerce a través del proceso contencioso administrativo, que se fundó en nuestro país como un instrumento de control de la actividad administrativa. Nuestra Carta Magna reconoce el control y responsabilidad administrativa-judicial de



las actividades administrativas, estableciendo para ello organismos y mecanismos objetivos para su transparencia.

La constitución establece en los artículos 173 y 233 que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; y menciona que todos los servidores públicos son responsables administrativa, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en el ejercicio de su cargo, como la administración de fondos, bienes o recursos públicos.

El precepto legal enunciado dispone claramente la posibilidad de que todas las resoluciones dictadas por las autoridades administrativas que vulneren derechos pueden ser impugnadas en sede judicial, dando paso al proceso contencioso administrativo que está orientado a proteger los derechos de los administrados,

De esta manera se activa la jurisdicción contenciosa, ante la cual el afectado por un acto administrativo emanado de la autoridad pública, puede interponer el recurso que el ordenamiento jurídico faculta a este, es decir, impugnar las resoluciones. Recordemos que impugnar una decisión de la administración pública es refutar, contradecir, u oponerse a dicha acción u omisión que ha vulnerado derechos subjetivos de las personas sean naturales o jurídicas y que contravienen a la normativa legal aplicable.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa establece en su artículo 1 que “el recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la



Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante”.

Además, la ley mencionada expresa que el recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de Plena Jurisdicción o Subjetivo y de Anulación u Objetivo o de exceso de poder, y puede interponerse cuando las resoluciones administrativas tengan la calidad de definitivo, es decir el pronunciamiento debe causar estado. Así la impugnación en sede judicial procede a través de estos dos recursos que pasaremos a analizar.

#### **4.2.1. Recurso de plena jurisdicción o subjetivo**

El profesor González Pérez considera que el Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo *“Es aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional no solo la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien, en su caso, atendiendo una demanda de indemnización”* (citado por Granja, 2001, p.393)

Del mismo modo el tratadista Roberto Dromi (2001) expresa que:

*“En la pretensión procesal denominada de plena jurisdicción, se solicita del órgano jurisdiccional no solo la anulación del acto sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien en su caso atendiendo una demanda de indemnización. Para interponer esta acción, no basta invocar un interés, sino que es necesario tener como base la lesión de un derecho subjetivo”* (p.1104)



Se llama “subjetivo”, porque, en palabras del Doctor Nicolás Granja Galindo (2001) tiene lugar cuando se invoca lesión a un auténtico derecho subjetivo adquirido por el recurrente, con el fin de alcanzar la anulación del acto objeto de impugnación, restableciendo el derecho violado, y la reparación del daño causado; y “o de plena jurisdicción”, porque el Tribunal Contencioso – Administrativo, goza de jurisdicción plena en el conocimiento de este recurso, es decir, tiene la facultad plena de examinar, tanto las cuestiones de hecho como las de derecho, incluso puede *“reemplazar la resolución dictada por la autoridad administrativa por una nueva, diversa de aquella”* (Granja, 2001, p.393)

De esta manera, el Juez en conocimiento de este recurso, tiene un campo de acción amplio, pues, en pro del restablecimiento del derecho subjetivo vulnerado puede anular el acto impugnado y resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

El segundo inciso del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, respecto a este recurso señala: *“ El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata”*.

Cabe citar en esta parte el artículo 2 de la Ley en mención, que determina:

*“Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso - administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.”*



De ello se deduce entonces la posibilidad de interponer el Recurso de Plena Jurisdicción, en contra de resoluciones adoptadas como consecuencia de la aplicación de una disposición de carácter general.

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción como ya mencionamos, tiene como fundamento la lesión de un derecho subjetivo y con él se persigue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada frente al abuso de la administración. Se entiende por derecho subjetivo como, aquellos derechos particulares que atribuye la norma jurídica y que preexisten a la iniciación del proceso administrativo.

La finalidad del recurso es solicitar la anulación del acto impugnado ante el órgano jurisdiccional, así como el reconocimiento del derecho declarado y que ha sido negado.

Además, el recurso de plena jurisdicción permite determinar si el acto administrativo es válido y eficaz, cuando un acto administrativo es personal, es decir, que afecta de forma directa e inmediata un derecho del administrado, lo cual tiene como consecuencia la declaratoria de la nulidad o su ilegalidad reconociendo los derechos. Con este recurso el administrado debe probar que el acto carece de valor jurídico porque está en contraposición de las normas legales, solicitando que en sentencia se anule o se declare la ilegalidad del acto, excluyéndoselo de la vida jurídica y disponiéndose el restablecimiento o reconocimiento de los derechos violentados administrativo.

Cabe mencionar entonces la diferencia entre ilegalidad y nulidad, en el primer caso, su declaración conlleva a que, el acto administrativo que existió, pierda todos



sus caracteres jurídicos; mientras que en el segundo caso, se lo tiene como inexistente, siempre que concurran las causales de nulidad establecido en la norma.

La sentencia que ordene el restablecimiento o reconocimiento de los derechos del administrado tendrá efectos interpartes, es decir, únicamente le compete a la administración pública que originó el acto y al administrado que lo impugnó.

En cuanto al proceso de restablecimiento del derecho, el Profesor Nicolás Granja Galindo (2001) indica que *“La pretensión de plena jurisdicción formalmente tiene una estructura análoga al juicio ordinario del procedimiento civil: demanda, excepciones, prueba, alegación y sentencia”* (p.412)

Este inicia con la demanda, donde una persona (Sujeto activo) afirma tener derecho a la tutela jurídica, respecto de una entidad de Derecho público o de las personas jurídicas semipúblicas, para que le reconozca, restituya o indemnice un derecho negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. El sujeto pasivo es una entidad de Derecho público o una persona jurídica semipública que, como tales, podrán hacer valer sus defensas en oposición a la pretensión del actor.

La petición debe ser expresa, el administrado debe acreditar que ha mediado reclamación administrativa denegada, expresa o tácitamente (lo cual como mencionamos ya no es un requisito fundamental, pues el administrado puede acudir a la vía contenciosa directamente conforme el art. 38 de la Ley de Modernización del Estado) y, que la decisión es firme, es decir, ha causado estado.

La administración es citada a juicio, en el nombre de su representante legal. Si la acción se propusiere contra instituciones del estado carentes de personería



jurídica, la demanda se citará al Procurador General del Estado. Conforme el artículo 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del estado, en todos los casos en que se entablen acciones contra los organismos o entidades del sector público, deberá citarse o notificarse obligatoriamente al Procurador General del Estado. El artículo en mención en su inciso segundo establece: *“Se citará al Procurador General del Estado en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente, y se le notificará en todos los demás de acuerdo con lo previsto en esta ley”*.

La prueba es principalmente instrumental y pericial. La absolución de posiciones no es admisible respecto de la administración pública, además, la sentencia solo tiene efectos respecto de las partes (Inter partes).

El término para deducir la demanda será de noventa días, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que haya causado estado y de la cual se reclama, conforme el artículo 65 inciso primero de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; excepto en los casos en que leyes especiales determinen diverso término.

Finalmente, si no se presenta la demanda dentro del respectivo lapso, se produce la caducidad del derecho para demandar, pudiendo esta aún ser declarada de oficio por el Tribunal.

#### **4.2.2. Recurso de Anulación u Objetivo**

En primer término cabe mencionar que el Recurso de Anulación u Objetivo tienen como rasgo característico, su vinculación con la salvaguarda del derecho en



general y del ordenamiento jurídico, al operar en contra de actos normativos que transgreden la norma jurídica objetiva.

El Doctor Granja Galindo (2001) conceptualiza el Recurso de Anulación u Objetivo de la siguiente manera:

*“La acción dirigida a obtener la anulación de un acto administrativo reputado ilegal, aunque no haya habido violación de un derecho subjetivo, se denomina en el Derecho francés con el nombre de contencioso objetivo o de anulación o por exceso de poder” (p.395)*

Por otra parte el Doctor Jorge Moreno Yanes, expresa que:

*“El Recurso objetivo, es lo que se conoce como el derecho reflejo, en gran medida es para atacar normas de carácter inferior que vulneran una norma de carácter superior, o que, indirectamente el acto generado por la administración, puede causar perjuicios a terceros” (Moreno J. , El Control de Legalidad de los Actos Administrativos, 2016)*

El Recurso de Anulación u Objetivo es conocido también “por Exceso de Poder”, esto por cuanto los actos o resoluciones administrativas, posiblemente pudieron haber sido emitidas por autoridad incompetente, y excediéndose de los límites legales y hasta en violación al procedimiento, o solemnidades legales aplicables al caso concreto.

El Doctor Moreno, agrega al respecto que este recurso *“es también un control de legalidad respecto de la arbitrariedad de la actuación de la administración”* (Moreno J. , El Control de Legalidad de los Actos Administrativos, 2016)



El inciso tercero del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone:

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

Además, revierte importancia citar la sentencia de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, del 10 de enero de 1996 que en su parte pertinente determina:

*“El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. El recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular, que inciden sobre un derecho subjetivo. No queda al criterio de los litigantes determinar la clase de recurso propuesto ni es facultad discrecional del juez calificar de que recurso de trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley.”* (Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. Pág. 1379. Quito, 10 de enero de 1996)

De este modo, el Recurso de anulación, Objetivo o por Exceso de Poder busca la anulación del ilegal acto administrativo, es decir, tiene por objeto, retirar de la vida jurídica los actos provenientes de autoridad pública contrarios al derecho positivo. La resolución que anule el acto tendrá efectos generales y retroactivos.



El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, puede proponerse únicamente por la persona, natural o jurídica, pública o privada, que demuestre interés directo para deducir la acción y que han sido afectados con el acto administrativo. El Doctor Patricio Secaira manifiesta que el *“Interés directo que no es otra cosa que el vínculo subjetivo público del demandante o recurrente frente a la resolución administrativa.”* (citado por Villalba, 2014, p.51). La afección al derecho debe existir a la fecha de que el recurrente interponga dicho recurso. La no justificación del interés directo por parte del administrado, conllevara inevitablemente a la inadmisión del recurso por parte del Contencioso Administrativo.

El Recurso Objetivo se diferencia del Recurso Subjetivo, por cuanto en el primero, el Juez no podrá disponer la reparación o restitución de los derechos del recurrente, quien solo deberá probar la violación de la norma por la resolución administrativa de carácter “erga omnes” emitida, y, a su vez demostrar el interés legítimo, para llegar a la anulación del acto administrativo, a fin de restablecer la vigencia del ordenamiento jurídico.

En relación al proceso que corresponde al Recurso de Anulación u Objetivo, donde lo que se reclama no es el reconocimiento de un derecho subjetivo, sino la declaración de nulidad del acto administrativo cuando ese acto adolece de un vicio legal y lesiona un interés legítimo del accionante; el actor afirma simplemente que un determinado acto administrativo es ilegal, que infringe una norma jurídica objetiva, a fin de que el Tribunal de lo Contencioso – Administrativo declare su nulidad.



Consecuentemente, la pretensión no consiste en la afirmación de unos hechos o de una causa jurídica con base en la cual se reclame un derecho, sino exclusivamente en que se declare que un acto administrativo carece de valor jurídico, por ser contrario a las normas.

El Doctor Granja Galindo (2001) manifiesta al respecto que *“el vicio también puede consistir en la infracción de una regla de competencia por usurpación, exceso o desviación de poder, en la irregular expedición del acto o en la falsa motivación”* (p.414)

Además agrega que *“los vicios del acto que determinan su anulación se reducen a tres: incompetencia, omisión o violación de forma, ilegalidad de contenido del acto”* (Granja, 2001, p.415)

En el proceso, la administración pública no es propiamente parte, y su intervención consiste más en informar que en defender, por lo que se trata de una controversia sin litigio, pues dicha pretensión no tiene contradictor, porque no se reclama un derecho contra alguien, como sucede en la pretensión de plena jurisdicción. En palabra del jurista Nicolás Granja (2001), se enjuicia el acto, y no a la administración pública.

Sobre el procedimiento a seguir para interponer el recurso, el Doctor Granja Galindo manifiesta:

*“Aunque la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa no regula específicamente el procedimiento indispensable para el ejercicio de la acción de anulación, el lineamiento doctrinal estriba en que tal procedimiento debe ser muy sumario. Desde luego, el escrito inicial debe tener la estructura del de demanda*



*según el juicio de plena jurisdicción; esto es, debe explicarse claramente la causa petendi y el p tium.*

*Si el Tribunal estima que la demanda es oportuna puede requerir informe y documentación de la administración pública. Los plazos deben ser breves”*  
(Granja, 2001, p.415)

Por último, el plazo para la interposición del Recurso Objetivo es de tres años, conforme establece la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa:

*“Art. 65.- El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa (...)*

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



## Conclusiones

El desarrollo de la monografía titulada “El Control de Legalidad de los Actos Administrativos”, me ha permitido alcanzar las siguientes conclusiones:

- La obligatoriedad de ejercer control de legalidad sobre los actos administrativos nace primordialmente del artículo 226 de la Constitución, que si bien no determina de manera expresa, el deber de ejercerlo, se entiende de su contenido que para comprobar que la administración pública ejerció solamente las competencias y facultades que la Constitución y la Ley atribuyen a este, se debe ejercer dicho control.
- El control de legalidad lo activa el administrado cuando un acto administrativo es ilegal y que por tanto vulnerado sus derechos, para que el órgano competente realice la verificación, de si el acto administrativo esta en estricto sometimiento al ordenamiento jurídico.
- Este control se da en nuestro país, por cuanto los actos administrativos y en general toda actuación administrativa al ser emitidos por seres humanos, falibles por naturaleza, pueden inobservar la norma y por tanto emitir actos administrativos ilegales; por ello cabe ejercer sobre aquellos actos control de legalidad, para comprobar la estricta aplicación de la ley y los reglamentos en su emisión.
- Se podría decir, que el control de legalidad se encuentra vigente en los ordenamientos jurídicos de la gran mayoría de países, pues su falta de aplicación, conllevaría a una total arbitrariedad donde la autoridad violente la norma establecida todo el tiempo.



- El control en mención se ejercer tanto en vía administrativa a través de los recursos administrativos ante la propia administración, cuanto en la vía judicial a través del recurso subjetivo y objetivo ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
- Sin la existencia del control de legalidad, no tendría valor el principio de legalidad o jurídica, pues su vigencia debe estar asegurada.



## Bibliografía

- Bermúdez, J. (2010). *Estado Actual del Control de Legalidad de los Actos Administrativos. ¿Que queda de la nulidad de pleno derecho?* Chile. Obtenido de <http://www.scielo.cl/pdf/revider/v23n1/art05.pdf>
- Bernal, F. (Enero de 2008). *Escuela Superior de la Administración Pública*. Obtenido de [http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/2\\_derecho\\_administrativo.pdf](http://www.esap.edu.co/portal/wp-content/uploads/2015/08/2_derecho_administrativo.pdf)
- Biblio.juridicas.unam.* (s.f). Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1920/10.pdf>
- Dromi, R. (1973). *Instituciones del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Astrea.
- Dromi, R. (1987). *Wikispaces*. Obtenido de [https://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/TRATADO\\_DE\\_DERECHO\\_ADMINISTRATIVO\\_-\\_ROBERTO\\_DROMI.pdf](https://uaiderechoadministrativo.wikispaces.com/file/view/TRATADO_DE_DERECHO_ADMINISTRATIVO_-_ROBERTO_DROMI.pdf)
- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo* (Novena edición ed.). Buenos Aires: Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y Cultura.
- El Justicia de Aragón. (2003). *Cuarto Estudio sobre El Justicia de Aragón*. Zaragoza: Gorfisa. Zaragoza.
- Espinoza, M. (2001). *Derecho de Procedimientos Administrativos*. Lima: Idemsa.
- Fernandez Segado, F. (2013). *Google Books*. Obtenido de [https://books.google.com.ec/books?id=EAPdBAQAQBAJ&pg=PA61&lpg=PA61&dq=El+juez+bracton+del+siglo+II+El+rey+no+ha+de+esta+sujeto+a+los+hombres&source=bl&ots=tg3B4t\\_qc7&sig=8VoY9Od5UAwzBJ4sy1mO3v\\_X02E&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0mrblr5TLAhXDGx4KHcFnB6kQ6AEIKTAD#](https://books.google.com.ec/books?id=EAPdBAQAQBAJ&pg=PA61&lpg=PA61&dq=El+juez+bracton+del+siglo+II+El+rey+no+ha+de+esta+sujeto+a+los+hombres&source=bl&ots=tg3B4t_qc7&sig=8VoY9Od5UAwzBJ4sy1mO3v_X02E&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0mrblr5TLAhXDGx4KHcFnB6kQ6AEIKTAD#)
- Fiorini, B. (1968). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. Pág. 1379.(Quito, 10 de enero de 1996) (SALA DE LO ADMINISTRATIVO).
- García de Enterría, E., & Fernández, T.-R. (2008). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. I). Madrid: Cívitas Ediciones.
- Gerencie. (2014). *Control Jurisdiccional de los Actos Administrativos Venezuela*. . Obtenido de [www.gerencie.com/control-jurisdiccional-de-los-actos-administrativos.html](http://www.gerencie.com/control-jurisdiccional-de-los-actos-administrativos.html)
- Gordillo, A. (2013). Actos Administrativos, Reglamentos y Contratos Administrativos. En A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. L.D.A.
- Gordillo, A. (2013). El Acto Administrativo. En A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: F.D.A.
- Gordillo, A. (2013). La Impugnación y Revisión de Actos en el Procedimiento Administrativo. L.D.A.



- Gordillo, A. (2013). Presuncion de Legitimidad, Exigibilidad y Ejecutoriedad. En A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: L.D.A.
- Gordillo, A. (2013). Principios Fundamentales del Procedimiento Administrativo. En A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. L.D.A.
- Gordillo, A. (2013). Teoría General del Derecho Administrativo. En A. Gordillo, *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas* (pág. 115). Buenos Aires: F.D.A.
- Granja, N. (2001). *Fundamentos del Derecho Administrativo* (Quinta edición ed.). Quito: Editorial Jupridica del Ecuador.
- Lerner, B. (1954). *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Editorial Jurídica Argentina.
- López, F. (2008). La Interposición del Recurso de Lesividad Como Mecanismo de Control de la Legalidad Dentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Quito.
- López, M. (2012). *Biblio.jurídicas.unam*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1594/12.pdf>
- Manrique, A. (2010). *Fundamentos de la organización y del funcionamiento del Estado Colombiano* (Segunda ed.). Costa Rica: Centro editorial Universidad del Rosario. Obtenido de <https://books.google.com.ec/books?id=fyrjdK6hmnwC&pg=PA354&dq=control+de+legalidad+de+los+actos+administrativos+Alfredo+Manrique&hl=es&sa=X&ved=0ahUK EwjPi4KAwrLLAhUrmoMKHYIeDmYQ6AEIGjAA#v=onepage&q=control%20de%20legalidad%20de%20los%20actos%20administrat>
- Moreno, J. (2014). *Modulo de Derecho Administrativo I*. Cuenca: Gráficas Hernández.
- Moreno, J. (10 de Marzo de 2016). El Control de Legalidad de los Actos Administrativos. (J. Guamán , Entrevistador)
- Moreno, J., Massó, M., & Pleite, F. (2006). *Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico*. Madrid: La Ley. Obtenido de [https://books.google.com.ec/books?id=Khw1ial51\\_MC&pg=PA210&dq=que+es+el+control+de+legalidad+Administrativo&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj4kvHT-7HLAhVldh4KHQKqBLwQ6AEIJTAC#v=onepage&q=que%20es%20el%20control%20de%20legalidad%20Administrativo&f=false](https://books.google.com.ec/books?id=Khw1ial51_MC&pg=PA210&dq=que+es+el+control+de+legalidad+Administrativo&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj4kvHT-7HLAhVldh4KHQKqBLwQ6AEIJTAC#v=onepage&q=que%20es%20el%20control%20de%20legalidad%20Administrativo&f=false)
- Parejo, L. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo* (Cuarta edición ed.). Valencia: Tirant Lo Blandch.
- Pérez, E. (2009). *Derecho Administrativo*. Quito: Cepa.
- Ramírez, G. (2010). *Dspace.utpl*. Obtenido de <http://dspace.utpl.edu.ec/bitstream/123456789/4923/1/TesisGretaRamirez.pdf>
- Romero, J. (s.f). *Derecho Administrativo General*. EUNED. Obtenido de <https://books.google.com.ec/books?id=ARkaAS-SzFQC&pg=PA71&lpg=PA71&dq=que+es+el+control+de+legalidad+Administrativo&source=bl&ots=DmKs1ZMEXD&sig=HHmvAceyhjjSuRkiR3HMmqOZp9o&hl=es&sa=>



X&ved=0ahUKEwii8vjfw7HLAHLWBSiYKHfiIDbEQ6AEISDAH#v=onepage&q=que%20es%20el

Santoyo, J. (2015). *Ilegalidad de los actos*. Venezuela. Obtenido de <http://www.monografias.com/trabajos15/ilegalidad-actos/ilegalidad-actos.shtml>

Simoné, C. (2005). *repositorio.uasb.edu.ec*. Obtenido de <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/2423/1/T0353-MDE-Simone-El%20control.pdf>

Unam. (s.f.). *biblio.juridicas.unam*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2749/5.pdf>

Unam. (s.f.). *biblio.juridicas.unam*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2749/5.pdf>

Villalba, J. (Mayo de 2014). *Dspace.uce*. Obtenido de <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3196/1/T-UCE-0013-Ab-86.pdf>

Zavala, J. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Peru: Edilex S.A.



## **CUERPOS NORMATIVOS**

CONSTITUCIÓN 2008

LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

LEY DE MODERNIZACION DEL ESTADO

ESTATUTO DEL REGIMEN JURIDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION  
EJECUTIVA

REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS  
ACTOS DE LA ADMINISTRACION