

# UCUENCA

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho Mención Derecho Administrativo

**LA LESIVIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO, SU  
REGULACIÓN A LA LUZ DEL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO.**

Trabajo de titulación previo a la  
obtención del título de Magíster  
en Derecho mención Derecho  
Administrativo

Autora:

**Adriana Estefanía Abril Pérez**

CI: 010451643-0

Correo electrónico atefytabril1991@hotmail.com

Director:

Juan Pablo Aguilar Andrade

CI:1706447560

**Cuenca- Ecuador**

24-noviembre-2022

## RESUMEN

A través de la presente investigación se realiza un profundo análisis de la declaratoria de lesividad y acción de lesividad, la cual, ha sido desarrollada, normativamente, en el Código Orgánico Administrativo vigente. Su importancia radica por el hecho de que, a la luz de las diferentes teorías doctrinarias y jurisprudenciales, permiten evidenciar que la actual normativa referente a la acción de lesividad, estaría generando inseguridad jurídica, al permitir que las máximas autoridades de las administraciones públicas puedan revocar sus propios actos administrativos, provocando de esta forma, una clara violación al debido proceso, en perjuicio de los derechos ciudadanos, al ser la administración pública juez y parte en la revocatoria de los actos administrativos favorables emitidos en el ejercicio de la función administrativa.

**Palabras clave:** Declaratoria de lesividad. Acción de lesividad. Interés público. Seguridad Jurídica.

## ABSTRACT

Through the present investigation, a deep analysis of the declaration and action lesividad, which has been developed, normatively, in the current Organic Administrative Code. Its importance lies in the fact that, in the light of the different doctrinal and jurisprudential theories, they show that the current regulations regarding the action of harmfulness, would be generating legal insecurity, by allowing the highest authorities of the public administrations to revoke its own administrative acts, thus causing a clear violation of due process, to the detriment of citizen rights, as the public administration is judge and party in the revocation of favorable administrative acts issued in the exercise of the administrative function.

**Keywords:** Lesividad Declaration. Lesividad Action. Public Interest. Legal Security.

## ÌNDICE

RESUMEN.....	2
ABSTRACT.....	3
ÌNDICE.....	4
CLÁUSULA DE LICENCIA Y AUTORIZACIÒN PARA LA PUBLICACIÒN EN EL REPOSITARIO INSTITUCIONAL .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
CLÁUSULA DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....	<b>¡Error! Marcador no definido.</b>
DEDICATORIA .....	8
AGRADECIMIENTOS .....	9
INTRODUCCIÒN.....	10
CAPÌTULO I.....	12
LA LESIVIDAD, SUS NOCIONES GENERALES.....	12
1.1.    Concepto de Lesividad .....	12
1.1.1.    Estabilidad del acto Administrativo. ....	17
1.1.2.    Revocatoria de actos favorables.....	17
1.2.    Naturaleza jurídica y su fundamento.....	18
1.2.1.    Naturaleza jurídica .....	18
1.2.2.    Fundamento .....	19
1.3.    La declaración previa de lesividad. ....	20
1.3.1    Acto administrativo inimpugnable .....	21
1.3.2    Declaratoria de lesividad como expresiòn de voluntad de la administraciòn pùblica competente.....	22
1.3.3    La declaratoria de lesividad procura el retiro del mundo jurídico de un acto suyo anterior.....	22
1.3.4    Acto anterior que lesiona el Interés Pùblico.....	22
1.3.5    Acto que crea derechos a favor de un tercero.....	22
1.4.    Requisitos de procedencia de la declaratoria previa de lesividad.....	23
1.5.    Interés Pùblico. ....	24
1.6.    Procedimiento en la vía judicial.....	26
1.7.    Desenvolvimiento del proceso.....	27
1.7.1    Audiencia preliminar. ....	27
1.7.2    Audiencia de juicio.....	28
1.7.3    Terminaciòn del proceso.....	29
1.8.    Caducidad para la declaratoria de lesividad y para proponer la lesividad vía jurisdiccional.....	29
CAPÌTULO II.....	30
LA LESIVIDAD Y SU DESARROLLO EN LA LEGISLACIÒN ECUATORIANA. ....	30

2.1. Desarrollo de la lesividad en el Ecuador desde los años noventa. ....	30
2.2. Nociones Doctrinarias.....	36
2.3. Nociones jurisprudenciales.....	39
CAPÍTULO III.....	49
LA LESIVIDAD Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO .....	49
3.1. La lesividad y el Código Orgánico administrativo, su definición.....	49
3.2. ¿Cómo deberíamos entender la aplicación del Artículo 117 del COA? .....	51
3.3. ¿La deficiente redacción del Art 117 del COA, genera inseguridad jurídica al Administrado? .....	53
DEL ESTUDIO REALIZADO SE PUEDE CONCLUIR: .....	56
RECOMENDACIÓN: .....	61
BIBLIOGRAFÍA:.....	62

## Cláusula de licencia y autorización para publicación en el Repositorio Institucional

---

Adriana Estefanía Abril Pérez en calidad de autor/a y titular de los derechos morales y patrimoniales del trabajo de titulación "LA LESIVIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO, SU REGULACIÓN A LA LUZ DEL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO", de conformidad con el Art. 114 del CÓDIGO ORGÁNICO DE LA ECONOMÍA SOCIAL DE LOS CONOCIMIENTOS, CREATIVIDAD E INNOVACIÓN reconozco a favor de la Universidad de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos.

Asimismo, autorizo a la Universidad de Cuenca para que realice la publicación de este trabajo de titulación en el repositorio institucional, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 24 de noviembre del 2022.



Adriana Estefanía Abril Pérez

C.I: 010451643-0

## Cláusula de Propiedad Intelectual

---

Adriana Estefanía Abril Pérez, autor/a del trabajo de titulación "LA LESIVIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO, SU REGULACIÓN A LA LUZ DEL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO", certifico que todas las ideas, opiniones y contenidos expuestos en la presente investigación son de exclusiva responsabilidad de su autor/a.

Cuenca, 24 de noviembre del 2022



Adriana Estefanía Abril Pérez

C.I: 010451643-0

## DEDICATORIA

A mis hijos Leandro y Victoria que son la luz de mi vida, a mi esposo por su apoyo incondicional, a mis padres por sus consejos y enseñanzas que me han permitido seguir avanzado y alcanzando logros personales como profesionales a lo largo de mi vida.



## AGRADECIMIENTOS

A toda mi familia que ha estado durante todo este proceso apoyándome incondicionalmente, por su paciencia que me ha permitido concluir con éxito esta investigación.

A mis hijos por ser mi fuerza que impulsa mi vida para seguir demostrándoles que con esfuerzo las metas se cumplen, gracias por su alegría, bondad y amor que transmiten en cada una de sus acciones.

A mi esposo Milton Andrade por ser un compañero excepcional que su apoyo a sido fundamental en esta etapa de mi vida.

Agradezco sinceramente a mi director de tesis, Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade, por su dedicación, esfuerzo y el tiempo invertido en ser mi guía y maestro al compartir sus conocimientos en la realización de mi trabajo de titulación.

## INTRODUCCIÓN

El Ecuador por medio de la aplicación del principio de legalidad, la administración pública en el ejercicio de sus potestades administrativas está obligada a actuar de acuerdo a las competencias establecidas por la Constitución y la ley sin poder extralimitarse en su actuación.

Ahora bien, la administración pública para expresar su voluntad lo puede realizar por medio de actos administrativos, sin embargo, existen actos que no pueden ser revocados por la propia administración que los emitió y estos actos son los llamados favorables que generan derechos en beneficio de los administrados, en donde se debe tener mayor cuidado en la estabilidad como característica del acto administrativo, ya que, se coloca en riesgo el principio de seguridad jurídica.

Por lo cual, es importante manifestar que la administración pública podrá revocar de oficio los actos administrativos que le estén expresamente permitidos en el ordenamiento jurídico, pero aquellos actos declarativos de derechos que a su vez son lesivos al interés público, deben ser retirados bajo el proceso de lesividad, que se encuentra regulado en Código Orgánico Administrativo (desde ahora COA) y por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el primero, regula el procedimiento en sede administrativa, y, el segundo, regula el procedimiento a desarrollarse ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

En consecuencia, de lo anteriormente mencionado el propio Código Orgánico Administrativo en su artículo 117 posibilita que la revocatoria de los actos favorables sea de competencia de la máxima autoridad administrativa, contrariando lo que se ha manifestado tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia ecuatoriana, que es el problema central que se va a proceder analizar y, consecuentemente, si esta regulación, de la acción de lesividad en el COA, genera inseguridad jurídica tanto para los administrados como para la administración pública.

Es importante señalar que, la redacción actual del Artículo 117 del COA genera ambigüedad referente a lo dispuesto en el artículo 115 del mismo cuerpo normativo, al permitir que las máximas autoridades de las entidades administrativas, puedan revocar sus propios actos favorables, esto es, sin acudir

# UCUENCA

al Tribunal Contencioso Administrativo que es el único Órgano Jurisdiccional competente para anular el acto administrativo lesivo al interés general.

## CAPÍTULO I

### LA LESIVIDAD, SUS NOCIONES GENERALES.

Dentro del Ecuador las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias y todos quienes actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les hayan sido atribuidas por la Constitución y la ley. Por lo tanto, la administración pública al encontrarse sometida al derecho público tendrá permitido realizar únicamente lo dispuesto en la Constitución y en la ley, en cuanto, no puede ir más allá en su campo de acción, ni mucho menos, invadir las libertades individuales de sus administrados con el fin de garantizar los derechos y garantías consagrados en la Constitución, como es la legalidad y la seguridad jurídica.

De tal manera, una de las instituciones jurídicas por medio de la cual la administración pública exterioriza su voluntad es el acto administrativo que según Agustín Gordillo (2013), el acto administrativo, es el resultado de la conformación de la voluntad administrativa del órgano competente que genera efectos jurídicos individuales o generales y que debe otorgar derechos a favor de un tercero. En este sentido, para que la manifestación de la voluntad de la administración sea válida y eficaz, debe cumplir con requisitos esenciales como son: la competencia, el objeto, la voluntad, el procedimiento, la motivación y, además, debe ser notificado al administrado, conforme lo dispuesto en los artículos 99 y 101 del COA, por lo que, a falta de alguno de estos requisitos se produciría nulidad absoluta o relativa del acto administrativo, dependiendo el caso.

Sin embargo, en el presente estudio se va analizar lo referente al acto administrativo favorable como punto de partida para la generación de la acción de lesividad por parte de la administración pública en ejercicio de sus competencias. De tal manera que, dentro de este primer capítulo vamos hablar todo lo referente a la lesividad, su concepto, naturaleza jurídica, fundamento, las características de la declaratoria previa de lesividad en sede administrativa, el procedimiento en la vía judicial y el desenvolvimiento del proceso.

#### 1.1. Concepto de Lesividad

La lesividad es un término que nace en Europa en concordancia con la sistematización española, donde surge a partir del Real Decreto establecido el 21 de mayo de 1853 que dispuso lo siguiente:

En los negocios en que versan reciprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares, cuasarán estado de las resoluciones que en Mi Nombre adopte el Ministerio de Hacienda, y sean revocables por la vía contenciosa a que podrán recurrir contra ellas tanto el Gobierno como los particulares si creyesen perjudicados sus derechos (Real Decreto de Hacienda, 1953).

En consecuencia, a partir de este decreto que regulaba exclusivamente a la Hacienda, nace la teoría de la lesividad que se ha venido desarrollando hasta la actualidad.

De tal manera, para poder referirnos sobre el concepto de lesividad debemos partir indicando que, la administración pública cuenta con la potestad de autotutela administrativa conocida también como INTERDICTUM PROPRIUM, por medio de la cual le permite corregir sus actos administrativos de oficio o a petición de parte, por lo que, si un funcionario comete un error lo puede revisar y corregir para que el acto administrativo que se emitió guarde consonancia con el ordenamiento jurídico y así no acudir a la sede judicial.

Sin embargo, cuando la administración emite un acto administrativo que reconoce derechos favorables a un administrado y que lesiona el interés público, la potestad de autotutela se ve limitada, en cuanto, no puede por sí misma la administración revisar dicho acto que entre una de sus características es la de ser estable, firme y, por lo tanto, deberá acudir a la sede judicial para poder revocarlo. Esta facultad revocatoria que tiene la administración es aquella prerrogativa, facultad o atribución de la que cuenta, para dejar sin efecto de oficio o a petición de parte un acto administrativo anterior, con la emisión de un nuevo acto con un contenido contrario que anula o invalida al primero, salvaguardando de esta forma el interés público.

Por lo tanto, los actos administrativos pueden revocarse por razones de legalidad o de oportunidad; por razones de legalidad, se encuentran todos aquellos actos administrativos con vicios que generan nulidad absoluta o de pleno derecho que no pueden ser subsanados por la administración, como aquellos actos dictados

por autoridad incompetente, cuando su objeto sea ilícito o materialmente imposible de ejecutar o cuando el acto no está motivado, estos actos generan efectos retroactivos y en consecuencia no dan lugar a indemnizaciones a favor de los administrados que pueden salir afectados por la revocatoria. Sin embargo, la revocatoria por razones de oportunidad se produce por razones de orden público debidamente justificadas y la administración está obligada a indemnizar al administrado, cuyos derechos subjetivos fueron lesionados por su emisión (Secaira Durango, 2004).

Es así que, cuando existen razones de orden público la facultad de revocación que tiene la administración pública, a través de la aplicación del principio de autotutela administrativa tiene como única excepción los actos regulares (válidos) de los que nacen derechos a favor del administrado y por lo tanto no pueden ser revocados de manera directa por la propia administración que los dictó sino aplicando la lesividad. A criterio de Orbe (2010) sucede pues, que la administración no puede en principio revocar sus decisiones, sino que primero debe declararlas lesivas y luego impugnarlas judicialmente, ante el órgano competente.

En consecuencia, según el profesor Patricio Secaira, sobre la lesividad indica que existen actos administrativos que no van a poder ser revocados por el propio órgano público que los emitió, por cuanto, ha creado derechos subjetivos a favor de los administrados, de tal manera, si el acto beneficia a los administrados los efectos del mismo ya no se encuentran a disposición de la administración pública, que no se encuentra en la capacidad de ejercer la autotutela, misma que se podrá ejercer en otros actos administrativos (Secaira Durango, 2004).

En la misma línea el Tribunal Constitucional anterior a nuestra Corte Constitucional dispuso:

Cuando los actos administrativos irrevocables por la administración afectan el interés público, el derecho administrativo ha instituido una solución jurídica al problema para precautelar el interés de la sociedad y el imperio de la juridicidad. Esta solución jurídica se denomina acción de lesividad administrativa, misma que consiste en la atribución legal que le obliga al titular del órgano administrativo o a la máxima autoridad del ente público a emitir un nuevo acto administrativo por

el cual declara lesivo al interés público el acto o resolución que lo motiva, siendo esta declaración de voluntad de carácter previo ejercitada ante la jurisdicción contencioso administrativa, a la que puede recurrir la administración para retirar del mundo jurídico los actos y contratos que considere lesivos al interés público, precautelando los derechos del administrado (Tribunal Constitucional del Ecuador, 2006).

Así también, para Marcheno (2018) el término lesividad se puede definir como: la generación de un proceso administrativo donde es la misma administración que contradice sus hechos, además, se sustenta en la idea de reforma de sus propias disposiciones cuando se hayan generado derechos subjetivos.

En efecto, según lo indicado en líneas anteriores en nuestro derecho positivo existe una institución jurídica que permite dar solución a un problema concreto cuando se ha emitido un acto administrativo que genera derechos a favor de un tercero, con el fin de precautelar el interés de la sociedad y esta institución jurídica se llama lesividad.

Los alcances de la acción de lesividad se representan en la administración cuando esta advierte que expidió un acto administrativo que otorgó derechos a los particulares, facultando a la administración a discutir su legalidad ante el juez contencioso administrativo, se constituye pues, en demandante de su propio acto administrativo (Puentes, 2019).

De tal manera, la lesividad procede cuando en sede administrativa, sea imposible revocar un acto administrativo, que se encuentre firme y que haya generado derechos subjetivos, que están en ejecución o que han sido ejecutados, por lo que, la administración pública con el fin de eliminar del mundo jurídico dicho acto debe acudir a la sede judicial que será quien decida lo pertinente en aras de preservar imperio de la legitimidad.

Actualmente la lesividad se encuentra regulada en el COA en el Art 115, que dispone:

**Procedencia.** - Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos

que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables. La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelar el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella. El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial (Código Orgánico Administrativo, 2017).

En consecuencia, como actualmente se encuentra regulada esta institución, para poder plantear la acción de lesividad ante el órgano jurisdiccional se debe como requisito sine quo non declarar lesivo al interés público el acto administrativo favorable que creo derechos al administrado por parte del órgano público que lo emitió y la legitimación de la administración como sujeto activo.

En ese sentido, es importante señalar que se entiende por acto favorable y acto desfavorable, por el primero, son aquellos que amplían las posibilidades jurídicas a favor de a quienes los dictan (administrados) y los segundos, llamados también de gravamen, son aquellos que restringen la esfera de actuación de los administrados (Blanquer, 2009). Por lo tanto, se entiende como actos favorables los siguientes:

- a) Admisiones. - Por medio del cual se adjudica un status jurídico al administrado, por ejemplo, cuando un alumno que por medio de la matricula forma parte de una Universidad.
- b) Concesiones. – Implica el otorgamiento de determinadas potestades a los administrados que a cambio están sujetos a cumplir con ciertos controles por parte de la administración y se caracteriza porque se otorga una suerte de privilegio en relación al resto de ciudadanos
- c) Autorizaciones. – A través del cual se verifica que el administrado ha cumplido con ciertas circunstancias necesarias para el reconocimiento y ejercicio de un derecho general.
- d) Aprobaciones. – Comprende un requisito posterior a determinados hechos que solo va a ser eficaz con la intervención de la administración (Ramón, Martín, & Diez Sánchez , 2006).



La importancia de indicar y hacer esta aclaración entre actos favorables y desfavorables, es comprender que el tema está íntimamente ligado con lo que en títulos y capítulos posteriores se va analizar, que es precisamente cuestiones de seguridad jurídica e interés público.

## **1.1.1. Estabilidad del acto Administrativo.**

El acto administrativo cuenta, entre uno de sus caracteres, con el de la estabilidad o denominada también cosa juzgada administrativa, que es propia de los actos administrativos que han causado estado, que tiene como consecuencia limitar la facultad de autotutela administrativa de la que ya hemos hablado, con la que cuenta la administración para revisar o dejar sin efectos sus actos.

La estabilidad del acto administrativo guarda relación con el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima que los particulares tienen de la administración pública los cuales se encuentran recogidos en el artículo 82 de la Constitución y en los artículos 16 y 22 del COA.

En efecto, dicha estabilidad recae únicamente sobre los actos administrativos regulares y anulables, y no en los que son nulos de pleno derecho que no gozan de legalidad ni mucho menos de estabilidad, ya que no habría una justificación para proteger un acto totalmente nulo.

En este sentido, el carácter de estable del acto administrativo se va haber afectado con la acción de lesividad que es objeto de estudio de este capítulo, en cuanto, se va a configurar la lesividad al estar frente a un acto administrativo legítimo (regular) o anulables (irregular), siempre que exista una afectación al interés público.

## **1.1.2. Revocatoria de actos favorables.**

Al estar ligada la lesividad con el objeto de revocar actos favorables por razones de orden público es importante dejar totalmente claro cuando procede su revocación.

De esta forma, según el Doctor José Sala Arquer (1974), señala que la revocación es volver a llamar a un acto administrativo con la finalidad de retirarlo

del mundo jurídico por razones de interés público, lo que conlleva de forma previa reconocer la existencia del propio acto administrativo y de sus efectos.

Por lo tanto, las razones de orden público no pueden convertirse en un pretexto para afectar al particular beneficiario del acto, de tal manera habrá que reconocerle la respectiva compensación.

Esta situación se funda por un lado en el principio *venire contra factum proprium non valet* (nadie puede ir en contra de sus propios actos) y por otra lado en la importancia con la que cuenta un acto administrativo que reconoce un derecho subjetivo, de ahí radica el hecho de que la administración para revocar actos favorables que lesionan el interés público, deben generar una declaración previa de lesividad del acto en donde se garantice el principio de seguridad jurídica, en cuanto en un principio los actos administrativos son irrevocables.

Por consiguiente, una vez que la administración verifique que los derechos que fueron creados por el acto regular o anulable, lesionan al interés público, ese acto administrativo previo de declaratoria de lesividad tendrá por objeto quitar del mundo jurídico esa decisión adoptada por la administración, que es por excepción inimpugnable, porque consiste en un acto de juicio de la administración, que tiene un efecto interno que impone a los órganos de la administración la obligación de realizar todo cuanto sea necesario para ejercer la acción de lesividad vía judicial, porque solo el órgano jurisdiccional es quien tiene la competencia para poder revocar los actos favorables y no la misma administración que los dictó, garantizando el principio de seguridad jurídica que se abordará en capítulos posteriores.

## **1.2. Naturaleza jurídica y su fundamento.**

Considerando que la administración pública, con el proceso de lesividad tiene como fin revisar sus actos a través de la declaratoria de lesividad y luego impugnarlos en la vía jurisdiccional es importante entender su naturaleza jurídica y fundamento.

### **1.2.1. Naturaleza jurídica**

De acuerdo con lo expuesto por González Pérez (1958) la naturaleza jurídica de la lesividad se genera como un proceso en donde se tiene la participación de un órgano jurisdiccional, examinando y sobre todo resolviendo la pretensión de un ente público en donde se ven involucrados derechos otorgados a favor de un tercero que lesionan al interés público.

Por consiguiente, la naturaleza de la lesividad se relaciona con el de un proceso especial, por su objeto y por la posición procesal que tiene la administración pública frente a uno de sus propios actos lo cual conlleva anulaciones tan significativas de las normas procesales.

## **1.2.2. Fundamento**

El fundamento de la acción de lesividad va dirigido de manera puntual a un acto regular que la administración desea eliminar del mundo jurídico, ya que no lo reconoce, con aras de la búsqueda del bienestar y salvaguardar el interés público y para ello deberá de manera previa declarar lesivo el acto que pretende eliminar y contar con las pruebas suficientes para proceder con esa declaración previa de lesividad que va a ser examinada por el órgano jurisdiccional en su momento.

De tal manera, se tiene como fundamento para argumentar la especialidad en el proceso de lesividad, es que, se debe a razones jurídico materiales, tal como la imposibilidad de que en cierto caso una entidad pública anule por sí actos administrativos favorables dictados por ella como son los fundamentos de estabilidad del acto administrativo, la facultad de autotutela administrativa y el interés público, pero limitando la autotutela, esto quiere decir que se constituye un mecanismo de oposición necesaria de los actos administrativos en donde se le permite a la administración eliminar sus actos viciosos (Muñoz, 2015). A su vez el proceso de lesividad también establece una limitación, puesto que, procura que la administración no exprese unilateralmente la ilegalidad de un acto cuyos efectos han sido favorables para un administrado (Guerra, 2017).

Por ello, se le exige a la administración que tenga convicción plena y evidenciable, a tal punto de que, será un presupuesto necesario que se haya pronunciado sobre la legalidad y la lesividad de su actuación antes de promover el proceso de lesividad

## 1.3. La declaración previa de lesividad.

A criterio de algunos autores, la emisión de la lesividad da paso al proceso contencioso administrativo, en donde las dos partes (entidad pública y el administrado) se afrontan en situaciones parejas, anticipadamente se comprometerán a exponer el acto administrativo dañoso al interés general, siendo la declaratoria de lesividad fundamentada por la propia entidad pública que crea el proceso, con el objeto de plantear la acción de la lesividad en la sede judicial (Torres, Iregui, Astudillo, & Ávila, 2020).

De tal manera, la lesividad es la declaración de legalidad que se considera como una diligencia preliminar en el procedimiento contencioso administrativo. A su vez, el autor González Pérez (1958) asegura que el proceso de lesividad es un acto que se genera cuando la entidad pública autora demanda la anulación de sus actos ante la jurisdicción contenciosa.

Para Dromi (1996) la declaración de lesividad, constituye un presupuesto esencial y especialísimo por medio del cual se crea un acto administrativo previo que tiene como objeto que la administración pública declare que un acto suyo anterior es lesivo al interés público por ilegítimo.

En la misma línea Meseguer (2008) indica que la lesión del interés público es un elemento fundamental para la declaratoria de lesividad del acto. De igual manera Tinajero manifiesta que:

La declaración de lesividad es un acto administrativo inimpugnable, que contiene la expresión de voluntad del órgano administrativo competente, mediante el cual se procura el retiro del mundo jurídico, de un acto cuyos efectos benefician a un particular (por lo que no tiene la disponibilidad de sus efectos), y que lesiona los intereses públicos (Tinajero, 1998, pág. 47).

Por lo cual, para que la administración pública pueda ejercer la acción de lesividad ante el órgano jurisdiccional, es indispensable que emita un acto administrativo previo que declare que el acto que dicto en su momento ha generado derechos a favor del administrado o de un tercero, lesionando el interés público y por lo tanto se lo debe eliminar del mundo jurídico, por lo que, la declaración de lesividad es una condición necesaria para instaurar

posteriormente la acción de lesividad como se ha dicho anteriormente, es por ello que, es importante realizar un análisis de las características que conforman el acto previo de declaratoria de lesividad.

### **1.3.1 Acto administrativo inimpugnable.**

Dentro del COA en su artículo 217 se dispone que: “En la impugnación se observarán las siguientes reglas: 1. Solo el acto administrativo puede ser impugnado en vía administrativa por las personas interesadas, con independencia de que hayan comparecido o no en el procedimiento, mediante recurso de apelación” (Código Orgánico Administrativo, 2017).

En efecto, la Constitución de la República del Ecuador manifiesta en su artículo 173 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” así como también el artículo 76 numeral 7 literal m) ibidem que indica “Recurrir del fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (Constitución de la República del Ecuador, 2008).

Por consiguiente, por regla general el acto administrativo es impugnable tanto en sede administrativa, como en sede judicial, sin embargo, el acto declarativo de lesividad es inimpugnable por excepción por las siguientes razones:

En primer lugar, porque se trata de un pronunciamiento previo que expresa la voluntad de la administración que produce un efecto interno para que los órganos de la misma administración hagan lo necesario para que puedan llegar a ejercer la acción de lesividad ante el órgano jurisdiccional competente.

En segundo lugar, al presentar la acción de lesividad, lo que se va a discutir es el criterio previo de la administración de que, si se ha configurado o no la violación al interés público, por lo tanto, es improcedente que se pueda impugnar un acto que debe ser valorado por el órgano jurisdiccional competente.

Y, en tercer lugar, la inimpugnabilidad del acto no quiere decir que el mismo sea válido a pesar de que goza de esa presunción, pero el efecto que va a tener es lo que anteriormente se indicó, que es permitir a la administración discutir con el

legítimo contradictor ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo si ha existido o no la violación del Derecho y del interés público.

### **1.3.2 Declaratoria de lesividad como expresión de voluntad de la administración pública competente.**

La administración pública competente manifiesta su voluntad por medio de la declaratoria previa de lesividad de retirar del mundo jurídico un acto regular al ser lesivo al interés público, ya que cuando la administración a través de un acto administrativo dictado por esta reconoce derechos subjetivos la administración no puede revocarlos de manera directa sino está obligada a declararlo lesivo mediante resolución administrativa y a demandar su revocación en vía jurisdiccional, siendo el único mecanismo de acuerdo a lo que indica la doctrina.

### **1.3.3 La declaratoria de lesividad procura el retiro del mundo jurídico de un acto suyo anterior.**

En efecto, la administración por medio de la declaratoria de lesividad lo que busca precisamente es retirar del mundo jurídico un acto generador de derechos que es contrario al interés público y solo puede hacerlo si es el órgano que dictó el acto, ya que no puede existir avocación de un órgano inferior a uno superior, lo que si puede generarse es una confirmación o ratificación con la finalidad de que el órgano competente sea quien promueva la acción respectiva.

#### **1.3.4 Acto anterior que lesiona el Interés Público.**

La declaratoria de lesividad al ser un acto administrativo de naturaleza especial, busca la existencia de un proceso judicial ulterior, en donde se va a discutir precisamente la lesión al interés público y de las pruebas que la administración posea y compruebe de manera oportuna, pertinente y conducente, se va a definir por el órgano jurisdiccional, si procede la acción de lesividad.

#### **1.3.5 Acto que crea derechos a favor de un tercero.**

Para que sea procedente la acción de lesividad es necesario que el órgano administrativo que genera el acto, no tenga la disponibilidad de sus efectos y esto precisamente sucede cuando el acto lesivo ha creado derechos en favor de un tercero (Tinajero, 1998).

## 1.4. Requisitos de procedencia de la declaratoria previa de lesividad.

Luego de la explicación realizada de las características que engloban a la declaratoria de lesividad es importante concretar cuáles son sus requisitos de procedencia.

Al respecto, el autor Alejandro Nieto, sostiene que:

(...) «el concepto de lesividad administrativa está constituido por dos elementos: a) la lesión, como hecho en sí; b) la lesión, como violación jurídica; suponiendo el primero una declaración formal, objetiva y económica, que debe hacerse por la propia Administración..., y en cuanto al segundo de los requisitos, es decir, la lesión con violación jurídica, no cabe olvidar que aquel daño, aquella disminución lesiva en el patrimonio, debe ser contraria a la ley y, por tanto, antijurídica» (Nieto, 1961, pág. 132).

Así también, el profesor Morón Urbina señala:

(...) Son dos: la determinación de a quien compete declarar la lesividad del acto (requisito subjetivo), la determinación del contenido de la propia declaración de lesividad (requisito objetivo), el plazo legal dentro del cual es necesario dictar la declaración de lesividad y la necesidad de notificación al administrado concernido por serle favorable la resolución que se pretende anular (Morón Urbina, 2015, pág. 235).

Por lo tanto, para explicar de mejor manera estos requisitos, es necesario considerar el concepto propuesto por el autor Morón Urbina quien indica que existen elementos objetivos, subjetivos y procedimentales para que proceda la declaración de lesividad.

Se evidencia que, como elementos objetivos debe existir: por un lado, la concurrencia de un acto administrativo previo, que es el presupuesto básico sin el cual no habría lesión y por lo tanto no se podría configurar la acción de lesividad al no existir un daño que resarcir.

Por otro lado, debe existir la lesión al interés público, para que la administración pública que expresó su voluntad por medio de ese acto administrativo tenga la posibilidad de retirarlo del mundo jurídico. En consecuencia, estos dos

elementos constituyen el fundamento fáctico para la declaración de lesividad del acto administrativo regular.

Mientras que, el requisito subjetivo está constituido por el órgano administrativo competente, es decir, el órgano que debe formular la declaración de lesividad es el mismo órgano que dicto el acto declarativo de derechos a favor de un tercero y que lesiona el interés público.

Por último, referente a los requisitos procedimentales se refieren a los plazos y formalidades que se deben cumplir para que se respete el derecho a la defensa como garantía básica del debido proceso.

## **1.5. Interés Público.**

Es importante entender que el interés público, al ser un requisito de procedencia de la declaratoria de lesividad, la administración pública debe probar en el momento procesal oportuno la existencia de su violación para que se declare con lugar la acción de lesividad propuesta por esta como accionante.

Por consiguiente, toda actividad administrativa en cuanto a su esencia y razón de ser, debe girar en torno a la forma de como gestiona los requerimientos de sus administrados y hace suyo el interés público (Sainz Moreno, 1977). Por lo tanto, según el autor Hauriou citado por Martín del Burgo y Ángel Marchán la administración no debe de olvidar que no es el Estado, sino que es del Estado como propietario del poder, a quien debe servir para la obtención de sus fines, ajustando su actuación en base al interés público (Del Burgo & Marchán, 1982).

En efecto, otros autores como (López Calera , 2010) y (Correa Fontesia , 2006) al hablar del interés público manifiestan que es un interés cuya protección beneficia a la colectividad y a los individuos que la integran, sacrificando ciertos derechos particulares con el objeto de satisfacer al interés común.

De tal manera, la administración debe procurar que cuando se registre un conflicto entre el interés particular frente al interés público sin generar un perjuicio del interés particular (privado), satisfacer de manera efectiva al interés general, sin olvidar que su actuación para que sea legal debe sujetarse a un buen actuar en la convivencia pública entre autoridad y administrado, ya que los derechos de



este último gozan de protección jurídica y deben ser garantizados y respetados de acuerdo a nuestra constitución.

Con respecto a lo indicado en líneas anteriores, en torno al objeto de este estudio, la administración al manifestar su voluntad por medio de un acto administrativo debe cumplir no solo con el principio de legalidad, es decir, ajustar su actuación al ordenamiento jurídico vigente, sino que también debe observar hacia el interés público al que obedece, caso contrario se puede afectar a la validez del acto administrativo por cuestiones de mérito que de palabras del profesor Morón Urbina indica que:

(...) Durante su vigencia, debe mantener esa conformidad de modo continuado hasta que cumpla sus efectos o se extinga naturalmente. Esta necesidad de concordancia o adaptación del acto al interés público propio del contexto actual es denominada como «mérito del acto administrativo» (Morón Urbina, 2011, pág. 425).

Precisamente, aquello es lo que ocurre cuando la administración pública emite un acto contrario al interés público que no puede ser revocado de manera directa por la misma administración que lo dictó, sino por medio de la lesividad, pudiendo por la legalidad, como por el mérito, afectar la validez del acto administrativo.

Sin embargo, a pesar de que en nuestro ordenamiento jurídico no contemos con un concepto claro de que debemos entender por interés público ni mucho menos en qué casos un acto es lesivo al interés público, el órgano administrativo tiene la facultad de actuar de manera discrecional, ya que estamos frente a un concepto jurídico indeterminado, pero a pesar de aquello esa actuación discrecional no debe ser contraria a derecho ni mucho menos caer en la arbitrariedad. Esto quiere decir que cuando la administración tenga la necesidad de declarar lesivo un acto en defensa del interés público siempre va a existir una norma jurídica que nos va a dar esa posibilidad, por lo que, el ejercicio de la facultad discrecional de la administración será dado por la misma norma.

En este sentido, es importante tratar de precisar que se debería entender por interés público al ser este un concepto jurídico indeterminado, partiendo de su raíz etimológica, así se tiene que “interés” viene de la voz latina interest que

significa “lo que importa” y “público” como aquello que interesa a la comunidad. Por ende, el interés público sería todo aquello que persigue la comunidad en su beneficio por medio de la acción estatal debiendo en el camino sacrificar el interés individual para alcanzar el bien común.

Para tener mayor claridad a que se refiere un concepto jurídico indeterminado los tratadistas Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández indican que:

(...) La ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación (García de Enterría & Ramón Fernández, 2006, pág. 465).

En efecto, cuando existe un concepto jurídico indeterminado, un operador jurídico como el juez tendrá una participación sustancial al resolver una controversia jurídica en donde exista de por medio un término indeterminado (Núñez Pacheco , 2013).

Por consiguiente, la declaratoria de lesividad de un acto administrativo siempre va a estar sujeta al análisis subjetivo que el órgano administrativo realice determinando si ha existido o no lesión al interés público.

En definitiva, la facultad de dictar una declaración de lesividad siempre va a constituir una facultad discrecional que cuenta la administración pública en su obrar, que le permite contar con una pluralidad de soluciones igualmente justas desde la perspectiva del derecho.

## **1.6. Procedimiento en la vía judicial.**

Del análisis realizado en líneas anteriores para presentar la acción de lesividad es indispensable la existencia del acto previo de declaratoria de lesividad para poder acudir al órgano jurisdiccional y esta competencia esta atribuida por la ley en este caso por el Código Orgánico de la Función Judicial en su artículo 217 numeral 11 que dispone:

ATRIBUCIONES Y DEBERES. - Corresponde a las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

11. Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración; (Código Organico de la Función Judicial, 2009).

Una vez establecido cual es el órgano competente para conocer la revocatoria de los actos favorables por razones de interés público, es necesario conocer cuál es el proceso que se debe seguir, para lo cual debemos acudir al COGEP en su Art 326 numeral 3 que se refiere al procedimiento contencioso administrativo y cuáles son las acciones que se pueden plantear por medio de este:

**Acciones en el procedimiento contencioso administrativo.** Se tramitarán en el procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones;

3. La lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

## **1.7. Desarrollo del proceso.**

De acuerdo al Art 327 del COGEP determina que “Todas las acciones contencioso-administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario” (Código Orgánico General de Procesos, 2015).

De tal manera el proceso judicial de la lesividad se ventilará tomando en cuenta las reglas del procedimiento ordinario y cumpliendo sus etapas, esto es, una vez presentada y admitida a trámite la demanda el Juez ordenará que se practique la citación al demandado, con el fin de que pueda ejercer su derecho a la defensa, una vez practicada la citación se tendrá el término de 30 días contados desde la última citación para que se efectúe la contestación, en el caso de haber o no contestación, el juez contencioso administrativo de oficio convocará a audiencia preliminar que debe desarrollarse en un término no menor de diez ni mayor de a veinte días.

### **1.7.1 Audiencia preliminar.**

Instalada la audiencia el juez va a solicitar a las partes que se pronuncien sobre las excepciones previas que se hayan propuesto y de ser el caso las resolverá en la misma audiencia, resueltas las excepciones planteadas el juez centra su atención en declarar válido el proceso, la determinación del objeto de la controversia, reclamos de terceros, competencia y todo lo que puede generar nulidad procesal con el fin de convalidarlo o sanearlo.

Una vez realizado aquello, el juzgador dará la palabra a la parte actora (administración pública) para que exprese el fundamento de hecho y derecho de su pretensión, luego de aquello dará la palabra a la parte demandada para que exponga los fundamentos de su contestación, concluido las exposiciones por las partes, el juez promoverá la conciliación que en el caso de existir de manera total pondrá fin al litigio.

En el caso de no haber conciliación el juez indicará tanto a la parte actora cuanto a la demandada que anuncien todos sus medios de prueba que van a ser evacuados en la audiencia de juicio, por lo que solo admitirá aquellos que reúnan con los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad, caso contrario los inadmitirá.

Concluida la intervención de las partes procesales el juez de manera motivada dará a conocer sus resoluciones e indicará el día y la hora que se desarrollará la audiencia de juicio.

## **1.7.2 Audiencia de juicio.**

Instalada la audiencia en el día fijado, el actuario del despacho dará lectura del extracto del acta de la audiencia preliminar, terminada la lectura el juez concederá la palabra a la parte actora para que manifieste su alegato inicial y el orden en el que se van a evacuar sus pruebas, lo mismo se hará con la parte demandada.

Actuada la prueba en el orden establecido por las partes, el juez consignará la orden para que presenten sus alegatos finales con derecho a una sola réplica, terminada la intervención de las partes, el juez podrá retirarse de la sala para formar su veredicto, pero deberá reanudar la audiencia el mismo día y emitir su resolución de manera motiva y de forma oral.

## **1.7.3 Terminación del proceso.**

El proceso de lesividad culmina mediante una sentencia que declara con o sin lugar la pretensión del accionante, por lo que, si se acepta la demanda se va a declarar la nulidad del acto administrativo, volviendo las cosas a su estado anterior, dejando a salvo el derecho del demandado o de terceros interesados por los daños y perjuicio que se hayan generado.

En el caso de que se declare sin lugar la demanda el efecto que esto conlleva es que se ratifique la firmeza del acto administrativo, ratificándose los derechos que se le otorga a favor del administrado.

## **1.8. Caducidad para la declaratoria de lesividad y para proponer la lesividad vía jurisdiccional.**

De acuerdo a nuestro ordenamiento vigente señala el Código Orgánico Administrativo COA en su artículo 116 “La declaratoria de lesividad y la consecuente revocación del acto no puede efectuarse si han transcurrido tres años desde que se notificó el acto administrativo” (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Por lo tanto, los órganos y entidades que integran el sector público, para dar inicio al procedimiento administrativo de declaratoria de lesividad, cuentan con el plazo de tres años desde que se notificó el acto favorable, caso contrario, ya no se tendrá la facultad de hacerlo porque opera la caducidad.

De tal manera, declarado el acto lesivo para el interés público, de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos COGEP en su artículo 306 numeral 4, se cuenta con un término de 90 días para proponer la acción judicial de lesividad ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo contados a partir del día siguiente a la fecha de la declaratoria de lesividad, por lo que, en caso de no plantear dicha acción dentro de este término se produce la caducidad del derecho de acción.

## CAPÍTULO II

### LA LESIVIDAD Y SU DESARROLLO EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

Dentro de este capítulo se analizará la evolución que la lesividad ha tenido dentro del Ecuador desde los años noventa, la forma en la que se encontraba regulada en los diferentes cuerpos normativos y reglamentarios hasta la presente fecha.

Continuando con la investigación, se van analizar conceptos doctrinarios de autores ecuatorianos como extranjeros cuyos aportes han permitido establecer una definición tanto del procedimiento de lesividad en la vía administrativa, como del proceso de lesividad en la vía judicial.

Finalmente, en este capítulo a través del estudio del precedente y la forma de como actualmente se encuentra regulado en el Ecuador, nos permite entender y conocer la jurisprudencia ecuatoriana que se ha desarrollado referente a la lesividad desde los años noventa.

#### 2.1. Desarrollo de la lesividad en el Ecuador desde los años noventa.

La lesividad en el país tuvo su primer desarrollo con la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que fue publicada en el Registro Oficial No. 338 el 18 de marzo de 1968 y que se encuentra actualmente derogada, dentro de este cuerpo normativo la lesividad no estaba regulada de manera expresa, pero en cuanto a su existencia y régimen jurídico se encontraba reglada en la concordancia de los artículos 23 literal (d) y 24 literal (b) que disponían lo siguiente:

Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:

d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo proscrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo (...).

Art. 24.- La demanda se podrá proponer en contra:

b) Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor derivaren derechos del acto o disposición (...) (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, 1968).

De los artículos citados no se define claramente los casos en los que cabe la lesividad, tampoco indica su proceso y el término para plantearla, únicamente se limita a establecer que la administración puede plantearla como actora ante el Tribunal Contencioso Administrativo, para buscar la revocación de un acto suyo que no sea conforme a derecho, cuando no pueda revocarlo por sí misma en virtud de lo prescrito por la ley (Aguilar Andrade J. , 2005). En tal virtud, la parte demandada en este proceso va a ser toda persona natural o jurídica, que se le ha creado un derecho derivado del acto emitido por la administración y que va a comparecer con el fin de defender la subsistencia del acto.

En consecuencia, dentro de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se efectúa una referencia no expresa de la lesividad, facultando a la administración a demandar ante el Tribunal Contencioso Administrativo la revocatoria de sus actos cuando no pueda hacerlo por sí mismo, ya que la ley no le faculta. En tal sentido el Tribunal Contencioso Administrativo mediante sentencia de fecha 6 de abril de 1989 dispuso lo siguiente:

... en tratándose de derecho público, como es la materia que tratamos, la autorización para revocar un acto administrativo por sí mismo tiene que ser expresa, sin que pueda considerarse que dimana de las normales atribuciones del órgano. En el caso, la Ley de Cooperativas en ninguna de sus disposiciones faculta al Director General a anular o revocar un pronunciamiento realizado por el mismo Director sea titular la misma persona u otra, por más que sea evidente que el acto o pronunciamiento inicial esté viciado de total ilegalidad al haber intervenido el Director en una materia en la que ningún atributo tenía ... La obligación de tal Director era entonces y lo será una vez que se dicte esta sentencia, el acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con un recurso de lesividad, demandando se declare la nulidad del pronunciamiento ilegal (Boletín oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 10, 1991, pág. 147).

Por consiguiente, el extinto Tribunal Contencioso Administrativo indicaba que no era necesario una norma que niegue expresamente a la administración la

facultad de revocar sus propios actos, ya que, al realizar una correcta aplicación del principio de legalidad esto conlleva a que esa facultad de revocar debe estar expresamente permitida en la ley, caso contrario, debe entenderse que no existe, porque el Tribunal Contencioso Administrativo no reconocía la potestad revocatoria como una facultad inherente de la administración sino que necesariamente debía estar permitida o reconocida en la ley y solo en esos casos se podía prescindir de la acción de lesividad.

Criterio que fue recogido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia y que se evidencia en unas de sus sentencias que establecía lo siguiente:

....si por alguna circunstancia no se da cumplimiento a la disposición legal de la forma de designación del personal legislativo permanente, esto es que no se haya designado previo concurso de merecimientos y *oposición*, el efecto no es que de permanente el servidor se convierta en ocasional; sino que el nombramiento adolezca de ilegalidad, circunstancia ésta que de ninguna manera faculta a la autoridad nominadora para prescindir de los servicios del irregularmente designado, ya que conforme al Art. 2, el personal legislativo permanente goza de estabilidad. En tal evento lo legalmente pertinente es demandar la ilegalidad del acto administrativo de nombramiento, que no puede ser dejado sin efecto por sí mismo, por crear derechos subjetivos y en acatamiento de la disposición constitucional contenida en el Art. 119 de la Carta Política, demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en acatamiento de lo que dispone el lit. d) del Art. 23 de la ley de esa jurisdicción mediante el recurso que la doctrina denomina de lesividad (Ignacio Zambrano vs Congreso Nacional Gaceta Judicial XVII, 2000, pág. 5).

Es así que, tanto el Tribunal Contencioso Administrativo, como la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema, manejaban la misma jurisprudencia, referente al criterio de exigir la acción de lesividad como requisito para que la función administrativa pueda revocar sus propios actos administrativos.

Posterior a la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, la lesividad tuvo un desarrollo profundo en el año 1994 cuando mediante Decreto Ejecutivo No. 1634, se dispuso la creación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de



la Función Ejecutiva (ERJAFE), publicado en fecha 31 de marzo de 1994 en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 411, cuyo carácter es reglamentario.

Actualmente el ERJAFE, por la disposición derogatoria primera del Código Orgánico Administrativo, dispuso que, queden derogadas las disposiciones pertinentes al procedimiento administrativo, recursos en vía administrativa, caducidad de competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando en este cuerpo reglamentario.

En el ERJAFE se desarrolló un ámbito de aplicación para la administración pública central e institucional que forman parte de la función Ejecutiva y como tal la institución de la lesividad se encontraba desarrollada en los artículos 97 y 168 que disponían lo siguiente:

Art. 97.- LESIVIDAD. - La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación entre el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

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

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

Art. 168.- Declaración de lesividad de actos anulables.

1. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en este estatuto, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso - administrativo.
2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo.
3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La

acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutivo, 1994).

De los artículos antes citados dentro del ERJAFE se puede evidenciar que se encuentra regulada de manera expresa el procedimiento previo que debe seguirse para plantear la lesividad, estableciendo de esta forma, dos situaciones, la primera en referencia al Art. 97 que se refiere a actos no anulables (acto válido) y que alude a una declaratoria de lesividad para el interés público por razones de oportunidad, y la segunda referente al Art. 168 que indica la existencia de una declaratoria de lesividad para el interés público respecto de actos anulables, que de acuerdo al mismo cuerpo normativo en su artículo 130 inciso primero indica que: “Son anulables los actos administrativos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación del poder” (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutivo, 1994). Por lo tanto, al referirse de actos anulables se refieren aquellos que no adolecen de un vicio de nulidad absoluta, existiendo una declaratoria de lesividad por razones de legitimidad para precautelar el interés público.

De tal manera, en el ámbito administrativo fue el ERJAFE el que concibió la lesividad como la potestad que tiene la administración, de impugnar ante el juez Contencioso Administrativo, a pesar de su facultad de autotutela, un acto suyo que ha generado derechos a favor de un administrado, para que sea este órgano jurisdiccional quien determine si dicho acto debe ser eliminado del mundo jurídico por ser lesivo al interés público.

El ERJAFE como se ha analizado, desarrolló un ámbito de aplicación para la administración pública central e institucional que formaban parte de la función ejecutiva, sin embargo, luego de varios años de dispersión normativa en el año 2010 se expide el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD cuyo ámbito de aplicación es para los Gobiernos Autónomos Descentralizados a nivel nacional.

Este código regula en especial los procedimientos administrativos que cada Gad debe cumplir, pero referente a la lesividad establecía lo siguiente en su artículo 373:

Las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados podrán de oficio o a petición de parte declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que sean legítimos o que contengan vicios convalidables, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo, previa su extinción (...) (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD, 2010).

En tal virtud el COOTAD faculta a las máximas autoridades a revocar sus propios actos que sean legítimos o con vicios convalidables, estableciendo que para que aquello suceda es necesario que se realice de manera previa una declaratoria de lesividad del acto para su posterior impugnación en la vía judicial. Es así que, referente a la lesividad el COOTAD tampoco dispone de manera clara el procedimiento que debe realizar la administración luego de generar la declaratoria previa de lesividad que garantice un debido proceso.

En consecuencia, de lo analizado el 7 de julio del año 2017 se expide el Código Orgánico Administrativo (COA), que entró en vigencia a los 12 meses posteriores de su publicación en el registro oficial, cuya finalidad es unificar en un solo cuerpo normativo el procedimiento administrativo y, el sancionador que regula a todos los organismos que conforman el sector público.

Dentro de este cuerpo normativo con carácter de ley orgánica, la lesividad se encuentra regulada bajo el título de revocatoria de los actos favorables, dentro del Libro I, del capítulo primero, sección quinta bajo las siguientes características:

- a) Las máximas autoridades de las administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables.
- b) La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por finalidad precautelar el interés general. Es impugnable únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.
- c) El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectados presentan oposición. En tal supuesto la anulación únicamente se efectuará en vía judicial.

- d) La declaración de lesividad y la consecuente revocatoria del acto, no pueden efectuarse si han transcurrido tres años desde que se notificó el acto administrativo.
- e) La máxima autoridad administrativa será la competente para la revocatoria de actos favorables.
- f) La declaración de lesividad y consecuente revocatoria se efectuará por el procedimiento administrativo ordinario (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Realizando un breve análisis del COA, que es la legislación que se encuentra vigente, referente al punto de este estudio que es la lesividad, se puede deducir que existe una contradicción entre normas del mismo cuerpo legal, puesto que, por un lado establece que las administraciones públicas no pueden revocar por sí mismas sus actos administrativos que hayan generado derechos a favor de un tercero y que lesionen el interés público, pero por otro lado indica que las máximas autoridades administrativas podrán revocar sus actos favorables, lo cual será analizado a profundidad en el capítulo tercero de este estudio.

## **2.2. Nociones Doctrinarias**

Para proseguir con el estudio de la lesividad es importante recapitular los principios que rigen la actuación administrativa, como es el principio de autotutela y la facultad revocatoria con la que cuenta la administración pública sobre sus propios actos administrativos, ambas situaciones van de la mano, ya que la administración puede tomar decisiones sin la necesidad de plantear un juicio Contencioso Administrativo para que tengan validez, así también sucede con la revocatoria de los actos administrativos que pueden ser por razones de legalidad u oportunidad de conformidad con lo que decida la administración.

Efectivamente cuando la administración pública emite un acto que genera derechos a favor del administrado este tiene la característica de ser un acto estable que limita la facultad que tienen los órganos administrativos para dejar sin efecto sus propios actos, de tal manera, a quien le corresponde eliminarlo del mundo jurídico cuando estos hayan generado un perjuicio al interés público es al órgano jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo. Ya que el órgano administrativo autor del acto, por regla general, no se encuentra habilitado para revocarlo, sobre todo cuando el acto que se pretende revocar conlleva un perjuicio o lesiona derechos de terceros (Aguilar Andrade J. P., 2010). De tal

manera la administración se restringe en su facultad de autotutela y recurre a la lesividad.

Por lo tanto, la lesividad de acuerdo a lo analizado en el capítulo anterior está compuesta por dos momentos: el primer momento, en sede administrativa, conocida como la declaratoria de lesividad que debe efectuar el órgano público que generó el acto administrativo que se pretende declarar lesivo y el segundo momento, en sede judicial, conocido como la acción de lesividad, dentro de la cual el actor es la administración y el demandado es el administrado a cuyo favor se generaron derechos y quien dirige la causa será el Tribunal De lo Contencioso Administrativo competente.

Luego de haber recapitulado en aspectos importantes es importante analizar conceptos doctrinarios de diferentes autores que han realizados sus aportes referentes a la lesividad.

Para el autor Flavio I. Lawenrosen señala que:

Procede esta acción cuando resulta imposible, en sede administrativa, revocar un acto administrativo, que se encuentra firme, y que generó derechos subjetivos, que están en ejecución, o han sido ejecutados.

Existe tal imposibilidad cuando la irregularidad no deriva del accionar directo del administrado destinatario del acto. Entonces la administración, a fin de eliminar del mundo jurídico un acto lesivo, que importa agravio al Estado de Derecho, debe acudir al órgano judicial, a fin que éste, disponga o no la revocación del acto. Ese accionar de la administración, accediendo a sede judicial con el fin de preservar el imperio de la legitimidad, se denomina acción de lesividad (Lowenrosen, 1968, pág. 416).

Por esta misma línea el Doctor Aurelio Guaita (1998) afirma que lo “decisivo, pues, en el proceso de lesividad, es que la demanda proceda del mismo sujeto público que dictó el acto impugnado” (pág. 30).

Así también, Juan Carlos Cassagne al hablar de la lesividad indica que:

(...) Constituye así, una excepción al principio de la ejecutoriedad de los actos administrativos, principio por el cual la administración goza de la prerrogativa de ejecutar sus propios actos sin recurrir a la vía jurisdiccional. Asimismo, afecta el

principio de libre revocabilidad de sus propios actos que en atención al ordenamiento sistemático del régimen administrativo debe ceder cuando se han constituido a favor de los particulares derechos subjetivos en actos que se encuentren firmes (Cassagne, 2011, pág. 604).

Para los autores extranjeros citados indican de manera simultánea que la administración pública no va a poder revocar por sí misma en sede administrativa sus propios actos que hayan generado derechos a favor de un tercero y que se encuentre en firme, por lo que, la administración para poder retirar del mundo jurídico ese acto deberá acudir a la sede judicial y será el juez quien decida si el acto debe o no ser revocado.

En consecuencia, es importante a la par analizar conceptos que han sido desarrollados por autores ecuatorianos referente a la lesividad, que guardan consonancia con el análisis doctrinario realizado en líneas anteriores.

Para Patricio Secaira manifiesta sobre la lesividad que:

(...) existen actos administrativos que no pueden ser revocados por el órgano público que los emitió en razón que sus efectos jurídicos creó derechos subjetivos a favor de un administrado. De esa manera, si el acto o resolución benefician al administrado los efectos de la decisión no están a disposición de la administración pública la cual no está en capacidad jurídica de ejercer la autotutela. La misma que será aplicable a otros actos administrativos.

(...) cuando estos actos irrevocables por la administración afectan el interés público el derecho administrativo instituye una solución jurídica al problema para precautelar el interés de la sociedad y el imperio de la juridicidad. Esta institución jurídica se denomina acción de lesividad administrativa, que consiste en la atribución legal que obliga al titular del órgano administrativo o a la máxima autoridad del ente público a emitir un nuevo acto administrativo por el cual le declara lesivo al interés público el acto o resolución que lo motiva (Secaira , 2004, pág. 256).

Así también Pablo Tinajero al referirse a la declaratoria de lesividad que literalmente citamos en el capítulo anterior indica, que es un acto administrativo inimpugnable que contiene la voluntad del órgano administrativo competente,

cuya finalidad es retirar del mundo jurídico un acto que genera efectos a favor de un particular y que lesiona al interés público.

De tal manera se puede deducir que la doctrina ecuatoriana referente a la lesividad, reconoce una característica adicional a la declaratoria previa de lesividad, al indicar que esta es un acto administrativo inimpugnable, a pesar de que por regla general y por mandato constitucional los actos administrativos emitidos por el Estado pueden ser impugnados en sede administrativa y en vía judicial, pero la característica a la que se refiere el Dr. Pablo Tinajero es en el sentido de que la propia administración es la que impugna el acto y lleva ante el órgano judicial de lo Contencioso Administrativo su declaratoria de lesividad, para que sea el juez quien resuelva si se retira o no ese acto administrativo del mundo jurídico.

### **2.3. Nociones jurisprudenciales.**

Como se había indicado dentro de este capítulo vamos analizar la jurisprudencia que en torno a la acción de lesividad se ha venido generando hasta la actualidad, pero antes de aquello es necesario recordar que tanto la doctrina como la jurisprudencia son fuentes del derecho.

De tal manera, el concepto de jurisprudencia tiene dos acepciones para el autor Abelardo Torr  que son las siguientes:

- 1) Significado Amplio: jurisprudencia es el conjunto de todas las sentencias (en sentido lato), dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado. Cuando se dice p. ej. “repertorio de jurisprudencia”, “unificar la jurisprudencia”, etc., se est  usando el vocablo en el sentido amplio.
- 2) Sentido restringido: jurisprudencia es el conjunto de sentencias (en sentido lato), de orientación uniforme, dictadas por los órganos jurisdiccionales del Estado para resolver casos semejantes (...) (Torr , s.f., págs. 403-404).

En consecuencia, es necesario partir de estas concepciones de la jurisprudencia en sentido amplio y restringido, porque cuando hablamos de las normas emitidas por los jueces nos referimos principalmente a la jurisprudencia y al precedente, el modelo de la jurisprudencia es característico de los sistemas del Civil Law y el modelo del precedente es propio de los sistemas del Common Law.

Por consiguiente, el modelo de la jurisprudencia al ser propio del sistema del Civil Law o sistema continental o romano germánico se caracteriza principalmente en que para que ocurra la incorporación al derecho objetivo de las normas que utilizan los jueces para resolver casos, se debe generar una reiteración de decisiones que recurren al mismo criterio, por lo tanto, la jerarquía judicial tiene un papel importante dentro de este modelo, ya que la jurisprudencia obligatoria se va a extraer de las sentencias de los tribunales superiores, que van ayudar a resolver casos individuales.

Mientras que el modelo del precedente es propio del Common Law (Derecho Común) que forma parte de la construcción del sistema inglés, dentro de este modelo toda decisión de un tribunal, efectuada a partir de un razonamiento sobre una situación de derecho expuesta en un caso, es un precedente obligatorio, tanto para el mismo tribunal que dictó la sentencia, cuanto para los jueces de inferior o igual rango, en los casos posteriores que se planteen sobre la misma situación (Aguiló , s.f.).

En efecto de lo analizado en líneas anteriores, en los países de tradición jurídica romanista, la jurisprudencia es el conjunto de sentencias, que no crean normas individuales, ni derechos, más bien, infieren una interpretación nueva de un texto legal existente, mientras que, en el sistema del Common Law el razonamiento o ratio decidendi que se genera en cada fallo individual se establece como obligatoria para futuros casos, porque la jurisprudencia lo que busca es proteger el derecho objetivo, es decir, el creado por los legisladores, en cambio el precedente va creando norma jurídica a partir del caso concreto con el fin de que sean aplicados en casos posteriores .

Ahora bien, con el análisis realizado es importante referirnos como se encontraba regulado este tema en el Ecuador con la Constitución Política de 1998, cuyo modelo tuvo sus orígenes desde el siglo XIX, influenciado por el modelo constitucional europeo conocido como romano germánico, en virtud de este sistema se ha constituido una práctica jurídica con ciertas características que se pueden resumir de la siguiente manera: a) el juez está sometido a la ley , por lo que se genera una aplicación literal de las normas; b) la solución a los conflictos de la ley se reducen a la aplicación del título preliminar del Código Civil y sus



criterios de temporalidad, especialidad y jerarquía, mientras que el significado de las normas jurídicas se buscan en enciclopedias o diccionario jurídicos; c) el ejercicio del derecho está copado de guías o modelos de cómo se deben presentar las diferentes acciones; d) la doctrina jurídica centra su atención en estudiar la regla jurídica vigente (Montaña, 2011).

En consecuencia, el modelo romano germánico que tuvo influencia en nuestro ordenamiento jurídico fue modificado desde el plano normativo con la expedición y vigencia de la Constitución del año 2008, que indica que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, lo que implica un cambio trascendental en la forma de entender el texto constitucional y el ordenamiento jurídico, en cuanto, le da carácter de norma jurídica a la Constitución, siendo obligatorio su cumplimiento y su aplicación debe ser de forma directa por parte de toda autoridad pública, incluida los jueces, generando también una pluralidad jurídica que ha enriquecido el sistema de fuentes dentro del ordenamiento ecuatoriano.

De tal manera, este cambio de paradigma conlleva a que la principal producción normativa provenga del juez constitucional según Juan Montaña manifiesta que los sistemas y fuentes del derecho se extienden toda vez que:

- 1.- la autoridad que ejerce competencia constitucional crea normas con carácter de ley (precedentes nacionales)
- 2.- las instancias internacionales dictan sentencias que también son generales y obligatorias (precedentes internacionales)
- 3.- el ejecutivo emite políticas públicas que tienen fuerza de ley, por ser actos administrativos con carácter general y obligatorio,
- 4.- las comunidades indígenas tienen normas, procedimientos y soluciones a conflictos con carácter de sentencia y, finalmente,
- 5.- la moral tiene relevancia en la comprensión de textos jurídicos (Montaña, 2011, pág. 95).

De lo que se puede deducir que la actual Constitución de la República reconoce otros sujetos con capacidad normativa, tal es así, que se ha concedido la facultad de crear norma jurídica tanto a la Corte Nacional de Justicia, así como a la Corte Constitucional, quienes constituyen una fuente formal del derecho objetivo, que es aquel que regula el comportamiento de las personas bajo un supuesto de hecho, creando deberes y derechos subjetivos.

Es así que, tomando en consideración que el precedente es el supuesto ya resuelto en un caso similar, que goza de relevancia jurídica, que no requiere de repetición o de permanencia para tener el carácter de obligatorio, ya que se refiere a la ratio decidendi que establece una norma aplicable al caso concreto, se puede colegir que dentro del Ecuador existen dos clases de precedente el constitucional y el judicial, el primero constituido por las razones establecidas en las resoluciones de fondo dictadas por el máximo órgano de control e interpretación Constitucional denominado Corte Constitucional, y el segundo que se constituye por las razones establecidas en las sentencias de las cortes de justicia ordinaria.

El precedente judicial de acuerdo al Art. 185 numeral 1 de nuestra actual constitución, establece que la triple reiteración por sí sola no constituye precedente, sino que genera la obligación de remitir las sentencias emitidas por las salas especializadas que reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto al Pleno de la Corte Nacional, para que esta delibere y decida hasta en un plazo de sesenta días sobre su conformidad, si en este plazo no se pronuncia o ratifica el criterio esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

En consecuencia, al realizar el Pleno de la Corte Nacional de Justicia la ratificación de la ratio decidendi de tres sentencias emitidas por una de sus Salas Especializadas, crea una nueva norma de derecho que tiene el carácter de obligatoria y general que nace en base a un procedimiento basado en la repetición, por lo que, nos acercáramos más al modelo de la jurisprudencia, pero no de manera total ya que al extraer el pleno la ratio decidendi de sentencias previas se relaciona también con el modelo del precedente antes explicado, en conclusión, en el caso ecuatoriano el precedente Jurisprudencial, recoge características de los dos modelos analizados previamente existiendo una creación híbrida de parte del legislador constituyente, ya que la Corte Nacional de Justicia por medio de su Pleno tendrá capacidad normativa que debe ser considerada como -jurisprudencia obligatoria-, a diferencia del modelo del precedente cuya ratio decidendi debe ser establecida por el juez que conoce una causa y se fundamenta en un fallo anterior sobre un caso similar.

Una vez analizado el precedente en términos generales, el precedente judicial, continuaremos realizando el estudio del precedente Constitucional, el cual se fundamenta en el principio de supremacía constitucional y de los derechos fundamentales, por lo que, es de vital importancia que exista un órgano especializado para la interpretación e integración de la Constitución. Es así que para que la Constitución tenga fuerza normativa es necesario que coexista una red estable de precedentes que permita optimizar la defensa de los derechos fundamentales expandiendo los efectos de sentencias en otros procesos de protección de derechos con la finalidad de lograr seguridad jurídica, en cuanto, en base al principio de igualdad se debe resolver de la misma manera casos que son idénticos.

En consecuencia, el Art 436 numeral 1 de la Constitución dispone:

Art. 436. La Corte Constitucional Ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante (...) (Constitución de la República del Ecuador , 2008).

Por lo tanto, este artículo ratifica la importancia que tiene la jurisprudencia constitucional, en cuanto, esta fija parámetros que deben ser cumplidos por parte de los operadores jurídicos, para que existe una coherencia dentro del sistema, convirtiéndose los precedentes en directrices vinculantes y obligatorios. De tal manera toda sentencia dictada por la Corte Constitucional constituye un precedente, ya que no es necesario que le otorgue esta etiqueta, o provenga de la selección de casos para que sea considerada como tal, ya que, el carácter de obligatoria viene de la racionalidad de sus argumentos y por la utilización que tenga en resoluciones posteriores , ya que lo que hace la Corte Constitucional es realizar una interpretación de una norma jurídica principal contenida en la Constitución de la República.

Es importante indicar, que en base a la regla – stare decisis- no se debe alterar lo decidido y resuelto en el pasado, por lo que, la Corte Constitucional debe observar obligatoriamente sus decisiones pasadas, mientras que los jueces de

grado inferior se encuentran vinculados a cumplir los precedentes dictados por la Corte Constitucional, pero no de una manera mecánica sino realizando el análisis correspondiente que permita determinar si lo que se decidió como -ratio decidendi- en el caso anterior aplica al ser un caso análogo.

Por lo tanto, existen similitudes entre el precedente judicial y el precedente constitucional en el sentido de que crean normas de derecho objetivo a partir de la -ratio decidendi-, resaltando sus diferencias en el hecho de que el precedente constitucional no necesita de la reiteración de fallos, así como tampoco requiere de un procedimiento posterior en donde sean ratificados, ya que la Corte Constitucional al resolver sobre el fondo de un asunto ya podemos encontrar un precedente de cumplimiento obligatorio sin la necesidad de que el mismo se ratificado posteriormente por ningún otro órgano.

Una vez, realizado el análisis referente al precedente y como esta se encuentra constituido en la actualidad en el Ecuador, analizaremos en conjunta la jurisprudencia que se ha venido generando en torno al tema de estudio que es la lesividad. Es así, que contamos con jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia del Ecuador sobre la lesividad.

CUARTO. - La actora funda su reclamo en la imposibilidad legal del funcionario público para revocar una norma vigente que creó derechos a favor de una persona jurídica, y que en un supuesto de hacerlo, como ocurre en la especie, excede el límite de sus facultades regladas y discrecionales y transgrede la normatividad legal, especial y general a que está obligado a sujetarse por mandato de nuestro ordenamiento. Este fundamento de derecho se inscribe en el principio jurídico de la lesividad que tiene amplio sustento en la doctrina jurídica nacional y extranjera, en el criterio expuesto por el Procurador General y en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. Efectivamente, no obstante las disposiciones constitucionales y administrativas y la Ley de Hidrocarburos alegada por la recurrente ninguna de ellas le autoriza para revocar el acto administrativo, cuando éste causa un perjuicio a terceros, y la administración está en la obligación de demandar jurídicamente ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo la declaración de no ser conforme a derecho un acto emanado de la propia administración, como lo dispone el Art. 23. literal d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (...) (Dr. Nino Salvatore D

Attolico (Representante legal de Duragas S.A. vs Ministro de Energia y Minas y Porucrador General el Estado, 1995, pág. 6).

Dentro de esta resolución publicada en el registro oficial 636 del año 1995 claramente la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador señala que la administración pública no puede revocar por sí misma un acto suyo cuando expresamente la ley no le está otorgando de manera expresa esa facultad, en cuanto, debe recurrir al Tribunal Contencioso Administrativo cuando ese acto que se pretende retirar del mundo jurídico es lesivo al interés público.

Es así, que dentro de ese contexto en el año 2000 la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia ratifica su criterio sobre la lesividad y recalca que es una acción propia de la administración pública y que su objeto es permitir que la administración revoque aquellos actos administrativos que no los puede revocar o anular por sí misma dentro del expediente 20-2000 que señala lo siguiente:

CUARTO: Supuestos estos antecedentes, se imponen las siguientes precisiones: 1.- Conforme establece la ley, la doctrina y la jurisprudencia, el recurso de lesividad es el ejercicio de la acción atribuida a la Administración, para alcanzar, mediante la jurisdicción Contencioso Administrativa, la revocatoria del acto administrativo, cuando aquella no pudiese anularlo o revocarlo por sí misma; 2.- Este principio se recoge y se concreta en el derecho positivo, esto es, en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su Art. 23, letra d). Consiguientemente, el ejercicio de esta acción está reservada privativamente a la Administración y no al administrado, sin que se pueda alterar la naturaleza de la intransmisibilidad (...) (Zoila Yáñez Gómez vs IESS, 2000, pág. 28).

Continuando con el criterio asumido por la Corte Suprema de Justicia, la Sala de lo Contencioso Administrativo en el año 2004 dentro del expediente No. 156-2004 referente al punto de estudio indica lo siguiente:

PRIMERO.- De conformidad con lo que señala la Constitución Política del Estado, las instituciones públicas, sus organismos y dependencias, así como los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en las leyes (Art. 119); esta norma que consagra el esencial y fundamental principio de la legalidad que es la base del Estado de Derecho

imposibilita definitivamente al Administrador la adopción de cualquiera resolución que no esté expresamente autorizada por la ley. Es más el Art. 24 de la Constitución Política que consagra las garantías del debido proceso dispone en el No. 1 que no se podrá juzgar a una persona sino con observancia del trámite propio de cada procedimiento. Los principios fundamentales antes señalados robustecen el criterio jurídico según el cual el Administrador no puede por sí mismo dejar sin efecto un acto administrativo expedido por él siempre que tal acto origine derechos subjetivos a favor del beneficiario del mismo, a no ser que norma expresa, dentro del procedimiento correspondiente, autorice a la administración tan excepcional atribución. Cuando la autoridad administrativa encuentra que un acto de su propia autoría ha sido producido con violación de una normatividad jurídica, su deber es declararlo lesivo y cumplido este requisito fundamental que conforme a la doctrina y a la jurisprudencia debe ser declarado por la máxima autoridad del organismo, corresponde proponer ante la jurisdicción contencioso administrativa la acción de lesividad en contra del beneficiario del acto suyo declarado lesivo, acción esta que está expresamente reconocida en el literal d) del Art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual preceptúa que puede comparecer: “El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo”. Ciertamente es que nuestra legislación positiva, en avergonzante nota de anacronismo, no cuenta con un código de procedimiento administrativo aplicable a todas las instituciones del sector público, siendo así que tan solo se cuenta con el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, cuyas normas no rigen entre otras entidades al IESS; mas no es menos cierto que en concreto sobre la falta de atribución de la administración para anular o revocar por sí misma un acto que ha creado derechos subjetivos a favor del beneficiario del mismo, existe abundante jurisprudencia tanto del fenecido Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción nacional como de esta Corte Suprema de Justicia y es mas, conforme se dijo al inicio de este considerando, un proceder en contrario vulneraría los principios constitucionales fundamentales ya señalados, los cuales constituyen la concreción de la doctrina universal sobre la materia. Lo expuesto anteriormente nos lleva a la certidumbre que ninguna institución del sector público, puede a no ser que tenga expresa disposición legal en contrario, declarar por sí misma sin efecto un acto o procedimiento administrativo que crea derechos de terceros, por más que éste haya sido emitido con violación de la

normatividad legal (...) (Patricio Llerena Torres en calidad de Director, encargado del IESS Vs María Gladys Ortiz, 2004, págs. 24-25).

De tal manera, la jurisprudencia publicada en el registro oficial No. 480 del 2004 citado, ratifica los criterios analizados en líneas anteriores, esto es, que la administración pública no puede por sí misma revocar un acto administrativo que ha generado derechos subjetivos a favor de un tercero y que solo lo podrá hacer si el ordenamiento jurídico le diere esa facultad excepcional, sin embargo, existe en ese aspecto abundante jurisprudencia como lo podemos observar, que indica que ninguna institución del sector público podrá dejar sin efecto un acto por más que este haya sido emitido con violación a la ley, sin declararlo de manera previa lesivo, para que sea el órgano jurisdiccional el que lo revoque.

En la línea constitucional, dentro de la sentencia No. 030-18-SEP-CC, la Corte Constitucional dentro de la acción extraordinaria de protección presentada por el señor Cevallos Tumbaco Franklin Genaro en contra de la sentencia emitida el 8 de febrero del 2010, dictada por la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Manabí, en donde el actor solicita el reintegro por parte del Alcalde del Gobierno Autónomo Descentralizado del cantón Manta a sus funciones como asistente de la secretaria general, o a un cargo de igual jerarquía remunerativa y funciones equivalentes y se le reconozca el pago de las remuneraciones por todo el tiempo que dejó de percibir las al estar alejado de su cargo, por lo que la Corte Constitucional fija la siguiente regla jurisprudencial que se aplicará a casos posteriores donde se verifiquen factores facticos análogos:

(...) Las autoridades públicas están vedadas de remover directamente a un servidor o servidora pública, que haya ingresado con nombramiento de carácter permanente, so pretexto de corregir el vicio de legalidad en el ingreso. En caso de existir tales vicios, la corrección deberá hacérsela por medio de la declaratoria de lesividad del acto administrativo en cuestión y la presentación de la correspondiente acción ante los Tribunales Distritales de los Contencioso Administrativo. El Incumplimiento de esta regla, acarrea la vulneración del derecho constitucional a la seguridad jurídica (Acción extraordinaria de protección, 2018, pág. 39).

De esta forma se puede señalar que existen uniformidad entre las nociones doctrinarias y jurisprudenciales que se han analizado, en cuanto, lo que ratifican es que la administración pública no va a poder revocar sus propios actos, sin que de por medio exista, en primera instancia, una declaratoria de lesividad previa que va a ser generada por parte de la propia administración creadora del acto que se pretende eliminar del mundo jurídico para que pueda presentar como accionante la lesividad ante el órgano jurisdiccional, que será quien decida si es que ese acto que generó derechos subjetivos es lesivo al interés público, con el objeto de que el destinatario de ese derecho subjetivo tenga la oportunidad de defenderse y que se garantice un debido proceso para ambas partes procesales.



## CAPÍTULO III

### LA LESIVIDAD Y SU REGULACIÓN EN EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO

En los capítulos anteriores ha quedado establecido lo que se entiende por lesividad, sus requisitos, fundamento, naturaleza jurídica, su desarrollo tanto doctrinario, como jurisprudencial a raíz de los años noventa hasta la actualidad dentro del Ecuador, sin embargo, es importante realizar un estudio de cómo se encuentra regulada actualmente dentro del Código Orgánico Administrativo, que nos va a permitir entender si esta genera o no inseguridad jurídica al administrado.

#### **3.1. La lesividad y el Código Orgánico administrativo, su definición.**

La lesividad dentro del Código Orgánico Administrativo se encuentra regulada dentro del capítulo primero, sección quinta referente a la revocatoria de los actos favorables en los artículos 115, 116 y 117. En consecuencia, comenzaremos analizando el Art. 115 que da una definición referente a la procedencia de la acción de lesividad que dispone lo siguiente:

**Art. 115.-** Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables.

La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautelarse el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.

El acto administrativo con vicios convalidables, no puede anularse en vía administrativa cuando la persona interesada o el tercero que resultarían afectadas presentan oposición. En tal supuesto, la anulación únicamente se efectuará en vía judicial (Código Orgánico Administrativo, 2017).

Dentro del presente artículo en su primer inciso se resalta la importancia que tiene la declaratoria de lesividad que las máximas autoridades de las administraciones públicas competentes están llamadas a realizar, ya que aquello es un requisito transcendental para plantear la acción ante el Tribunal Contencioso Administrativo e instaurar la legitimación de la administración como sujeto activo dentro de la lesividad. Así también se refuerza el hecho de que no se va a poder plantear la lesividad ante lo contencioso administrativo si es que no se realiza la declaratoria de lesividad de manera previa, por cuanto lo que esta busca es precautelar el interés general.

Por otro lado, en el inciso tercero de este artículo hace mención al acto administrativo convalidable, es decir, aquel acto irregular que al no estar dentro de las condiciones para ser un acto nulo de pleno derecho la administración debe proceder de acuerdo al artículo 106 del mismo cuerpo legal que dispone:

**Art. 106.-** Declaración de nulidad. Las administraciones públicas anularán de oficio el acto administrativo, mediante el ejercicio de la potestad de revisión.

La persona interesada puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo a través de la interposición de una reclamación o un recurso administrativo.

La o el interesado que se crea lesionado en un derecho subjetivo amparado en el ordenamiento jurídico, puede solicitar la declaración de nulidad del acto administrativo, aunque no haya comparecido al procedimiento administrativo, previamente (Código Orgánico Administrativo, 2017).

En concordancia con lo dispuesto por el artículo citado, el mismo COA indica en el artículo 132 que el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada (Código Orgánico Administrativo, 2017).

En consecuencia, en base a lo anotado se explica lo que dispone el inciso final del artículo 115 referente a los actos administrativos con vicios convalidables, cuando el interesado o un tercero afectado presenten oposición, por lo que, la administración no está facultada para declarar por sí misma la nulidad, sino que

deberá recurrir a la acción de lesividad para hacerlo por medio de la figura de la anulación ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, dentro del artículo 115 no se da una definición conceptual de lo que es la lesividad, pero si establece de forma clara en qué casos procede y que la lesividad es propiamente para la revocatoria de actos favorables que han generado derechos a favor del administrado y que sean contrarios al interés público.

### **3.2. ¿Cómo deberíamos entender la aplicación del Artículo 117 del COA?**

De lo anteriormente analizado queda claramente establecido el esquema para la aplicación de la lesividad, esto es , que la máxima autoridad de la entidad pública respectiva es la competente para declarar lesivo el acto administrativo que haya generado derechos produciendo efectos individuales y de forma directa que sean legítimos o que contengan vicios convalidables para posteriormente demandar la lesividad en la vía judicial, sin embargo, el artículo 117 parece contradecir dicho esquema ya que dispone lo siguiente:

Art 117.- Competencia y trámite. La competencia de revocatoria de actos favorables le corresponde a la máxima autoridad administrativa.

La declaración de lesividad y consecuente revocatoria de actos favorables se efectuará siguiendo el procedimiento administrativo ordinario previsto en este Código (Código Orgánico Administrativo, 2017).

De lo regulado en el artículo citado, se establece que la máxima autoridad administrativa también tendría competencia para poder revocar los actos favorables contrarios al interés público, lo cual implicaría que ya no sería necesario acudir a la vía jurisdiccional y que de manera directa podrían revocar este tipo de actos administrativos.

De tal manera, su contenido no compatibiliza con lo establecido por el Art 115 de este código, es totalmente contradictorio y aquello puede generar que como existe una norma expresa en donde manifiesta que las máximas autoridades administrativas tiene competencia para revocar por sí misma sus actos administrativos favorables, produzca una total indefensión al administrado, ya que como se ha venido analizando a lo largo de este estudio de acuerdo a lo

establecido tanto en la doctrina como en la jurisprudencia generada dentro del país sobre la revocatoria de los actos favorables a través de la lesividad, quien tiene la competencia única para indicar que el acto administrativo favorable es lesivo al interés público y revocarlo es el órgano jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo, incluso ese criterio lo maneja también por su parte la Procuraduría General del Estado al absolver una consulta realizada por el Servicio de Gestión inmobiliaria sobre la revocatoria de actos favorables:

## Consulta(s)

“Es procedente revocar actos administrativos conforme lo estable (sic) artículo 115 y 117 del Código Orgánico Administrativo, si como efecto inmediato, los valores o avalúos de los bienes y acciones correspondientes a la cuota de participación estatal se incrementan por la actualización establecida en el artículo 526.1 del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización?

## Pronunciamiento(s)

En atención a los términos de la consulta se concluye que, la resolución administrativa que acepte la petición de venta de derechos y acciones que le corresponden al Estado, por concepto de cuota estatal en las sucesiones intestadas, siempre que cumpla los requisitos de validez y no incurra en causa de nulidad, según lo previsto en los artículos 99 y 105 del COA, es un acto administrativo favorable y por tanto según el artículo 115 del mismo Código su revocatoria requeriría la declaratoria de lesividad para el interés público y la presentación de la respectiva acción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo (...) (Subdirección de Asesoría Jurídica, 2019, pág. 6)

En consecuencia, la Procuraduría General del Estado coincide en indicar que la declaratoria de lesividad es de competencia de la administración pública, pero la revocatoria del acto favorable lesivo al interés público es del Tribunal Contencioso Administrativo, por lo que, la forma de entender el Art. 117 nos debe remitir a la aplicación de la doctrina y la jurisprudencia, en donde las administraciones públicas deben estar atentas y cumplir con la jurisprudencia obligatoria que para la revocatoria de actos favorables se ha desarrollado, para que de esta manera se cumpla con el debido proceso que se encuentra consagrado en nuestra constitución en el Art. 76 como aquella garantía que todo

ciudadano cuenta dentro de cualquier tipo de proceso en que se va a discutir una determinada situación jurídica y se garantice el derecho a la seguridad jurídica.

### **3.3. ¿La deficiente redacción del Art 117 del COA, genera inseguridad jurídica al Administrado?**

Hay que iniciar recordando que la lesividad como una institución jurídico procesal, limita la potestad de autotutela de la administración pública como aquella capacidad que tiene para remediar su actuación en uso del poder público, por lo tanto, la obligación que tiene la administración en sede administrativa de declarar lesivo el acto administrativo al interés público antes de proponer la acción de lesividad es justamente para precautelar los derechos reconocidos al beneficiario del acto e ir en contra de la arbitrariedad en las actuaciones de las instituciones estatales.

Desde esta perspectiva como se analizado en los puntos anteriores expresamente existe una contradicción entre el Art 115 y 117 del mismo cuerpo legal, ya que por un lado indica que las máximas autoridades administrativas tienen la competencia previo a plantear la acción de lesividad en la vía jurisdiccional de declarar lesivos los actos favorables que lesionen el interés público, para que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo decida sobre su revocación y por ende su eliminación del mundo jurídico, pero por otro lado se indica que quien tiene la competencia para revocar el acto favorable es la máxima autoridad administrativa y recalca que tanto la declaración de lesividad y consecuente revocación de actos favorables se efectuará siguiendo el procedimiento administrativo ordinario previsto en el COA.

Sin embargo, es necesario recordar que en su momento se indicó que la lesividad tiene dos fases en sede administrativa y en sede judicial, la primera fase que lógicamente se va a evacuar cumpliendo con el procedimiento administrativo ordinario establecido en el COA para generar la declaratoria de lesividad cuyo esquema está claramente regulado referente a quien tiene la competencia para hacerlo, y la segunda fase que es la judicial en donde se va a decidir sobre la revocatoria del acto administrativo que generó un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público, que se encuentra normada por el Código Orgánico General de Procesos de

acuerdo al Art. 326 Numeral 3 y dispone que se efectuará siguiendo el procedimiento contencioso administrativo.

Sin embargo, por la deficiente redacción del Art. 117 va generar indefensión y vulneración al derecho a la seguridad jurídica al otorgarle la facultad a la máxima autoridad de revocar por sí misma un acto del cual no tiene la disponibilidad de sus efectos porque ha generado derechos a favor del administrado y a más de aquello le da la posibilidad conforme dispone el Art. 117 que se siga la revocatoria de actos favorables conforme las reglas del procedimiento administrativo ordinario, lo que a todas luces quebranta la garantía constitucional a la seguridad jurídica.

En este sentido, la seguridad jurídica se encuentra reconocida en nuestra carta magna en el Art. 82 que dispone lo siguiente: “El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (Constitución de la República del Ecuador , 2008).

Según la Corte Constitucional del Ecuador en la sentencia No. 045-15-SEP-CC, caso Nro. 1055-11-EP citada en la sentencia Nro. 030-2018-SEP-CC señaló lo siguiente:

La seguridad jurídica implica la confiabilidad en el orden jurídico y la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y a la ley, como salvaguarda para evitar que las personas, pueblos y colectivos sean víctimas del cometimiento de arbitrariedades. Esta salvaguarda explica la estrecha relación con el derecho de la tutela judicial, pues cuando se respete lo establecido en la Constitución y la ley, se podrá garantizar el acceso a una justicia efectiva imparcial y expedita (Acción extraordinaria de protección, 2018, pág. 27).

En efecto, por medio del derecho a la seguridad jurídica se garantiza la existencia de confianza y certeza de parte de la ciudadanía frente a las actuaciones del poder público, en cuanto, se garantiza que toda su actuación debe sujetarse a la Constitución y a la ley en base a normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas únicamente por quienes tiene la competencia para hacerlo.

Por lo tanto, la seguridad jurídica es un derecho transversal aplicado a todo el ordenamiento jurídico, ya que implica no solo el respeto a la Constitución como norma jerárquicamente superior, sino que prevé la existencia de norma jurídicas previas, claras y públicas que logren certeza en la aplicación normativa.

De tal manera las partes procesales en virtud del principio de seguridad jurídica, están advertidas que la autoridad competente al momento de resolver un caso puntual no puede de forma injustificada, arbitraria o discrecional alejarse de la aplicación de parámetros constitucionales, jurisprudenciales, so pena de vulnerar el derecho y por esta misma razón es que la revocatoria de actos favorables que lesionan el interés público debe tener un debido proceso, en donde a más del derecho a la defensa se garantice la debida seguridad jurídica en que la única autoridad competente para revocar ese acto administrativo sea un juez contencioso administrativo imparcial. Y así evitar el uso abusivo de la facultad de autotutela que tiene la administración pública para la revocatoria de actos favorables, porque si esto no fuere así la administración se convertiría en juez y parte dentro de un proceso en donde como ya se indicó no tiene ya la disponibilidad de los efectos del acto administrativo que emitió, en cuanto ha generado derechos a favor del administrado.

De tal forma, al existir una deficiente redacción, que trae como consecuencia que lo regulado en el artículo 117 sea confuso al no ser una norma clara referente a quien tiene la competencia para revocar los actos favorables va a generar una total inseguridad jurídica al administrado, al permitir expresamente que la competencia para revocarlos este en la máxima autoridad administrativa, cuando del análisis realizado en este estudio solo pude hacerse ante la vía judicial y por el juez de lo Contencioso Administrativo.

## **DEL ESTUDIO REALIZADO SE PUEDE CONCLUIR:**

Que, en el Ecuador a través de la aplicación del principio de legalidad, los poderes públicos en ejercicio de sus potestades están obligados a ajustar su actuación en base a lo establecido por la Constitución y la ley sin poder extralimitarse en su actuación.

Que, una de las instituciones jurídicas por medio de las cuales la administración pública exterioriza su voluntad es el acto administrativo que es el resultado de la conformación de la voluntad administrativa que genera efectos jurídicos individuales o generales y que otorga derechos a terceros, este acto administrativo debe ser emitido por el órgano administrativo competente como uno de los requisitos para que este sea válido.

Que, la administración pública cuenta con la potestad de autotutela administrativa que le permite corregir sus propios actos de oficio o a petición de parte en sede administrativa, sin embargo, cuando la administración pública genera un acto administrativo reconociendo derechos a favor del administrado y que lesiona el interés público esa facultad de autotutela se ve limitada porque estamos frente a un acto administrativo firme, estable que uno de sus características es la de ser irrevocable en sede judicial, debiendo la administración acudir a la vía judicial para solicitar su revocación.

Que, los actos administrativos se pueden revocar por razones de legalidad y de oportunidad, por razones de legalidad cuando el acto adolece de nulidad absoluta o de pleno derecho que no puede ser subsanado por la administración y por razones de oportunidad se debe a razones de orden público debidamente justificadas.

Que, la facultad con la que cuenta la administración pública para revocar actos administrativos tiene como única excepción los actos administrativos regulares de los que nacen derechos a favor de los administrados y por lo tanto la propia administración no los puede revocar y debe acudir a la sede judicial proponiendo la acción de lesividad.



Que, para que la administración pública pueda plantear ante el Tribunal de lo Contencioso administrativo la lesividad es necesario que como requisito sine qua non proceda a realizar la declaratoria de lesividad del acto administrativo que lesiona el interés público de forma previa a la presentación de la acción en lo contencioso administrativo.

Que, para que proceda la declaratoria de lesividad es necesario la existencia de un acto administrativo previo que haya generado derechos a favor del administrado y que este acto administrativo lesione el interés público.

Que, la declaratoria de lesividad es un acto administrativo inimpugnable que tiene por objeto crear un acto administrativo por medio del cual la administración pública competente procura el retiro del mundo jurídico de un acto suyo cuyos efectos benefician al administrando lesionando el interés público.

Que, la declaratoria de lesividad debe ser emitida únicamente por el mismo órgano que dicto el acto declarativo de derechos a favor del administrado o un tercero, no podrá ser emitida por otro órgano distinto del que expidió el acto.

Que, dentro del ordenamiento jurídico Ecuatoriano no existe un concepto sobre qué se debe de entender por interés público, sin embargo, al estar frente a un concepto jurídico indeterminado, el órgano administrativo deberá actuar por medio de su facultad discrecional que no implica que su actuación vaya a derivar en arbitrariedad, en cuanto, la administración pública tendrá una pluralidad de soluciones jurídicas igualmente justas que le permiten determinar que el acto que emitió es o no lesivo al interés público.

Que, la acción de lesividad en el Ecuador es un procedimiento excepcional que se deriva de la afectación al interés público y esta cabe siempre que los derechos subjetivos que creó el acto administrativo sean de origen lícito y por lo tanto se trate de un acto regular, caso contrario la administración pública deberá recurrir a la revocación directa por razones de legalidad.

Que, una vez presentada la lesividad ante el Tribunal Contencioso Administrativo este será el órgano competente que decidirá, si acepta la demanda teniendo como efecto que las cosas vuelvan a su estado anterior dejando a salvo el derecho del demandado a que se le reconozca el pago de daños y perjuicios

según el caso, o caso contrario, declarar sin lugar la demanda confirmando la legitimidad y estabilidad del acto administrativo.

Que, la acción de lesividad tuvo su primer desarrollo en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa que a pesar de que no estaba regulada de manera expresa con ese nombre ya que se refería a la anulación de los actos y disposiciones de la administración cuando esta no pudiera anularla o revocarlo por si mismo, tuvo su desarrollo con los pronunciamientos que tuvieron tanto el extinto Tribunal Contencioso Administrativo, como la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, que manifestaron que para que la administración pública pueda revocar sus propias debía acudir a la acción de lesividad ya que no lo podía hacer de manera directa por no hacer disposición expresa en la ley.

Que, posterior a la derogación de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa se expide el ERJAFE con carácter reglamentario, en donde la acción de lesividad cuenta con un desarrollo más profundo y de manera expresa se reconoce la figura de la lesividad en su Artículo 97, disponiendo que previo a la acción de lesividad se debía generar la declaratoria de lesividad para el interés público.

Que, posterior al ERJAFE se expide el COOTAD con el objeto de que ya no exista dispersión normativa y que este regule la actividad administrativa de los Gobiernos Autónomos Descentralizados a nivel nacional, que en su artículo 373 reconoce la lesividad para la revocatoria de actos administrativos legítimos o con vicios convalidables, reconociendo también que la administración debe de forma previa generar la declaratoria de lesividad, para la impugnación en vía judicial posterior.

Que, actualmente la lesividad se encuentra regulada en el COA bajo el título de revocatoria de actos favorables, en donde se establece que la misma tiene dos momentos uno en sede administrativa con la declaratoria de lesividad al interés público y el segundo momento en sede judicial en donde se va a resolver la revocatoria por el órgano jurisdiccional.

Que, doctrinariamente tanto para autores extranjeros como ecuatorianos coinciden en indicar que existen actos administrativos que no pueden ser revocados por el propio órgano administrativo que los dicto, en razón de que este acto ha sido emitido de forma regular y ha generado derechos a favor del administrado o un tercero pero que al lesionar el interés público están limitados a poder subsanarlos a través de su facultad de autotutela administrativa, ya que no cuentan con la disponibilidad de los efectos creados por el acto y por ende deben acudir a la sede judicial para solicitar su revocatoria.

Que, desde los años noventa ha existido un desarrollo jurisprudencial referente a la lesividad dentro del país, en donde se han citado alguna sentencias de la salas de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia que han generado jurisprudencia obligatoria aplicable en casos similares al igual que la Corte Constitucional en donde se ha fijado como precedente que: las administraciones públicas no puede revocar por sí mismas sus actos administrativos que hayan generado derechos a favor del administrado y lesionen el interés público, sino que únicamente lo podrán hacer por medio de la lesividad siguiendo el procedimiento establecido en la ley.

Que, como se encuentra regulada la lesividad actualmente en el COA genera inseguridad jurídica al administrado, en cuanto, en el Art. 115 de este cuerpo legal indica que la máxima autoridad de la administración pública tendrá la competencia para declarar lesivo el acto que pretende retirar del mundo jurídico al lesionar al interés público para posteriormente poder presentar la acción de lesividad ante el órgano jurisdiccional. Sin embargo, en el mismo cuerpo legal en Art 117 dispone que la competencia de la revocatoria de los actos favorables es de la máxima autoridad administrativa, generando esta contradicción que a todas luces origina una violación al principio constitucionalmente reconocido como es la seguridad jurídica y la confianza legítima que como administrados buscamos de los poderes públicos y que al no existir normas claras, previas, publicas, al atribuirle competencia por medio de este artículo a la máxima autoridad administrativa también la revocatoria de los actos favorables que en base al desarrollo doctrinario y jurisprudencial no se le puede otorgar esta competencia porque no tiene la disponibilidad de los efectos que ha causado este acto

administrativo en el administrado, no lo podría revocar por sí mismo por razones de violación del interés público.

## RECOMENDACIÓN:

Que, de acuerdo al estudio realizado se debe efectuar de manera urgente una reforma al Artículo 117 del COA, en donde únicamente se indique que la máxima autoridad de la administración pública tiene competencia de declarar lesivo el acto y no de revocarlo, ya que esto genera inseguridad jurídica en perjuicio del administrado que obtuvo un derecho legalmente reconocido y que debe contar con un debido proceso en donde un tercero imparcial llamado juez sea quien decida la revocatoria del acto que la administración pretende eliminar del mundo jurídico, pero todo aquello por medio de normas claras, precisas y no contradictorias como actualmente se encuentra regulado.

## BIBLIOGRAFÍA:

- Acción extraordinaria de protección, Caso Nro. 0290-10-EP (Corte Cosntitucional del Ecuador 24 de enero de 2018).
- Aguilar Andrade, J. (2005). Apuntes sobre la Acción de Lesividad en la Legislación Ecuatoriana. *Ruptura por la Institucionalidad No. 49*, 26-38.
- Aguilar Andrade, J. P. (2010). La extinción de oficio de los actos administrativos de los Gobiernos Autonomos Descentralizados. *Foro Revista de Derecho No. 13*, 43-75.
- Aguiló . (s.f.). *Teoria general de las fuentes del derecho* . s.n.
- Asamblea Nacional . (7 de Julio de 2017). Código Orgánico Administrativo. Quito, Pichincha, Ecuador : Departamento Jurídico de la Corporacion Nacional de Estudios y Publicaciones .
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). Constitución de la República del Ecuador . Quito, Ecuador: Departamento Jurídico Editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2009). Código Organico de la Función Judicial. Quito, Ecuador: Departamento Jurídico Editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Quito, Ecuador: Departamento Jurídico Editorial de la Corporación de Estudio y Publicaciones.
- Blanquer, D. (2009). *Introduccìon al Derecho Administrativo*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Boletín oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo No. 10, 3090 (Segunda Sala del Tribunal Contensioso Administrativo 1991).
- Cassagne, J. C. (2011). *Tratado General de Derecho Porcesal Administrativo 2da. ed.* Tomo I. Buenos Aires: Fondo Editorial de Derecho y Economía.

- Correa Fontesia , J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho. *Revista Española de Control Interno*, 135-161.
- Del Burgo, M., & Marchán, Á. (1982). El poder Administrativo. *Revista Española del Derecho Administrativo No. 33*, 249-260.
- Dr. Nino Salvatore D Attolico (Representante legal de Duragas S.A. vs Ministro de Energia y Minas y Porucrador General el Estado, Instancia No 1-1995 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Administrativo R.O. No. 632 13-II-1995.
- Dromi, J. R. (1996). *Derecho Administrativo*. 5ta. ed. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina.
- Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutivo. (1994). Quito, Pichincha, Ecuador.
- García de Enterría , E., & Ramón Fernández, T. (2006). *Curso de Derecho Administrativo* . Buenos Aires: Civitas.
- González Pèrez. (1958). El Proceso de Lesividad. *Revista de Administracion Publica*, 127-128.
- Gordillo, A. (2013). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*. Buenos Aires : Fundación Derecho Administrativo.
- Guaita , A. (1998). *El Proceso Administrativo de Lesividad*. Barcelona: Ediciones Bosch .
- Guerra, M. (2017). La lesividad en el régimen administrativo de los Gobiernos Autónomos Descentralizados. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ignacio Zambrano vs Congreso Nacional Gaceta Judicial XVII, 1484 (Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema 15 de Noviembre de 2000).
- Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. (18 de marzo de 1968). *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Quito, Pichincha, Ecuador.
- López Calera , N. M. (2010). Obtenido de El interés público: entre la ideología y el derecho:

<http://wecache.googleusercontent.com/search?q=cache:u6v7lvCvkuEJ:revistaseug.urg.es/index.php/acfs/article/download/502/592+&cd=13&hl=es&ct=clnk&gl=ec>

Lowenrosen, F. (1968). *Práctica de Derecho Administrativo*. Argentina : Ediciones Jurídicas .

Marcheno, B. (2018). *Fundamentos de la Justicia Administrativa*. Guayaquil: Unijuris.

Meseguer, J. (2008). Declaración de Lesividad. (*Monografía de Doctorado en la Universidad de Salamanca*). Salamanca, Madrid, España.

Montaña, J. (2011). *El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional Tomo I*. Quito, Pichincha, Ecuador: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional - Corte Constitucional para el período de Transición.

Montaña, J. (2011). *El sistema de fuentes del derecho en el nuevo constitucionalismo latinoamericano, en Apuntes de Derecho Procesal Constitucional Tomo I*. Quito: Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional- Corte Constitucional para el período de Transición.

Morón Urbina, J. C. (2011). La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP No. 67*, 419-455.

Morón Urbina, J. C. (2015). El proceso Contencioso de Lesividad: Catorce años después de su incorporación en el derecho peruano. *Revista IUS ET VERITAS No. 51*, 224-246.

Muñoz, S. (2015). *Tratado de derecho administrativo y derecho público general*. Madrid: BOE.

Nacional, A. (19 de octubre de 2010). Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización COOTAD. Quito, Ecuador : Departamento Jurídico Editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones .



- Nieto , A. (1961). Lesividad y expropiación. *Revista de Administración Pública*, No. 36, 131-151.
- Núñez Pacheco , M. (junio de 2013). Los Conceptos jurídicos indeterminados: la mercadería controversias y soluciones. Quito, Pichincha, Ecuador: Corporacion Editora Nacional.
- Orbe, M. D. (22 de Febrero de 2010). *DerechoEcuador.com*. Obtenido de DerechoEcuador.com: <https://www.derechoecuador.com/>
- Patricio Llerena Torres en calidad de Director, encargado del IESS Vs María Gladys Ortiz, No. 156-2004 (Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo R.O. No. 480 ,13 -XII-2004).
- Puentes, M. (2019). La acción de lesividad frente al acto administrativo de adjudicación del contrato estatal. *Via Iuris*, 33-49.
- Ramón, Martín, M., & Díez Sánchez , J. J. (2006). *Manual de Derecho Administrativo 25ª ed.* Navarra: Aranzadi.
- Real Decreto de Hacienda. (21-V-1953).
- Sainz Moreno, F. (1977). Sobre el interés público y la legalidad administrativa. *Revista de Administración Pública*, 439-451.
- Sala Arquer, J. M. (1974). *La revocación de los actos administrativos en el Derecho Español*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- Secaira Durango, P. (2004). *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria .
- Subdirección de Asesoría Jurídica. (10 de V de 2019). *Procuraduría General del Estado República del Ecuador, Extractos de Pronunciamientos OF. PGE No 03720. Obtenido de [http://www.pge.gob.ec/images/2019/extractos/EP\\_EXTRACTO\\_DE\\_PRONUNCIAMIENTOS\\_MAYO.pdf](http://www.pge.gob.ec/images/2019/extractos/EP_EXTRACTO_DE_PRONUNCIAMIENTOS_MAYO.pdf)*
- Tinajero, P. (1998). *La Acción de Lesividad*. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador.
- Torré, A. (s.f.). *Introducción al Derech*. 10ª ed. Buenos Aires: Editorial Perrot.

Torres, M., Iregui, P., Astudillo, G., & Ávila, L. (2020). *Diálogos interdisciplinarios sobre los problemas de la justicia en Colombia*. Colombia: Hanns Seidel Stiftung.

Tribunal Constitucional del Ecuador, Resolución No. 0214-05-RA (Tribunal Constitucional del Ecuador R.O. 343, 28-VII-2006).

Zoila Yáñez Gómez vs IESS, 20-2000 (Corte Suprema de Justicia Sala de lo Contencioso Administrativo R.O. No. 49, 3-IV-2000).