

UCUENCA

Universidad de Cuenca

Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas y Sociales

Maestría en Derecho, Mención Derecho Administrativo

Análisis y Aplicación de la Acción de Lesividad dentro de la Administración Pública

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

Autora:

Andrea Patricia Guillén Montenegro

Tutor:

Álvaro Javier Méndez Álvarez

ORCID: 0009-0008-6221-1539

Cuenca-Ecuador

2023-04-25

Resumen:

La autotutela administrativa es el mecanismo que puede usar la administración pública a su favor durante un tiempo adecuado, pues, después de haber generado un acto administrativo válido, pero viciado, podrá rectificar este actuar desfavorable sin tener que acudir a otras instancias. La administración como guardián del interés público se tiene que respaldar en el ordenamiento jurídico. Y, tiene la obligación de restaurar esa juridicidad vulnerada o restablecer el ordenamiento jurídico si este se vulnera.

La administración pública en resguardo de este interés público, el mismo que es una conjugación de principios y acciones cotidianas que favorecen a la colectividad frente al interés personal. Al generar un acto anulatorio con efectos ejecutorios, y no es posible revocarlo exclusivamente en sede administrativa, acudirán a la justicia aplicando la acción de lesividad para obtener la nulidad judicial.

Para que se efectúe correctamente la acción de lesividad la administración alegará su propia torpeza declarando lesivo el acto administrativo por la máxima autoridad, previo a un procedimiento administrativo obteniendo un expediente administrativo, el mismo que será analizado por el juez directamente en su legalidad.

Posteriormente se va a dar un resultado por parte del juez contencioso administrativo, que, tendría que declarar el acto nulo; o, válido y legal. En caso de declararlo nulo se indemniza en la medida que la ejecución del acto nulo afectó al administrado beneficiario de la decisión. En este caso la administración tendrá que demostrar la buena o mala fe del administrado.

Palabras clave: acción de lesividad, acto administrativo, administración pública, juez

Abstract:

The administrative compliance and enforcement powers is the mechanism that the public administration can use in its favor during an adequate time, since, after having generated a valid administrative act, but flawed, it will be able to rectify this unfavorable act without having to go to other instances. That said, it should be noted that the administration as guardian of the public interest must be supported by the legal system. And, it has the obligation to restore that violated legality or restore the legal system if it is violated.

Public administration in protection of this public interest, which is a combination of principles and daily actions that favor the community over personal interest. However, when the administration realizes that it generated an annulment act with enforceable effects, and it is not possible to revoke it exclusively in administrative proceedings, they will go to court applying the detrimental actions to obtain judicial nullity that cannot be annulled, I insist, in administrative proceedings.

In order for the detrimental actions to be carried out correctly, the administration will allege its own clumsiness by declaring the administrative act harmful by the highest authority, prior to an administrative procedure that must be respected, since, according to this procedure, an administrative file will be obtained, which will be analyzed by the judge directly in its legality.

Keywords: harmful action, administrative act, public administration, Judge

Índice de contenidos

Resumen:	2
Abstract:.....	3
Índice	4
Agradecimiento	5
Dedicatoria.....	6
CAPITULO I.....	7
1. Concepto de Autotutela Administrativa.....	7
1.1. Entendimiento de la Autotutela Administrativa	8
1.2. Interés Público	10
2. Procedimiento correcto que se debe aplicar para revocar un acto impugnado	
11	
2.1 Teoría de la revisión del acto administrativo	15
2.2. Nulidad del acto administrativo nulo de pleno derecho.....	18
CAPITULO II.....	25
3. La acción de lesividad en sede administrativa y judicial	25
3.1. La lesividad en vía administrativa	25
3.2. La Lesividad en vía judicial	28
3.3. ENTREVISTAS respecto de la acción de lesividad.....	30
4. Teoría de prueba para justificar la afección al interés público	42
4.1. SEDE ADMINISTRATIVA.....	44
4.2. SEDE JUDICIAL.....	48
5. Formas de indemnización a favor del administrado Por la revocatoria del acto favorable	53
Conclusiones:	55
Recomendaciones:	56
Bibliografía	57

Agradecimiento

Gracias a Dios, porque todo empieza y termina en ti padre.

Con total gratitud me permito mencionar al Dr. Álvaro Javier Méndez, profesional y ser humano excepcional que he tenido el privilegio de conocer como profesor, colega y amigo. Mi total admiración y respeto.

Dedicatoria

A mi familia ...

Durante el recorrido de esta linda experiencia, fui cobijada por los besos y brazos de mis hijos Rebeca y Samuel Ignacio, el apoyo de mi esposo José Gabriel, que son el regalo más hermoso y sagrado que Dios me dio. Las metas alcanzadas, la felicidad y tristeza nos han fortalecido. contar siempre con los consejos amorosos y el apoyo incondicional de mis padres, hermanos y sobrinas, es invaluable.

Son las personas que más amo y donde me siento capaz de lograr todo.

“¡Porque simplemente son mi sangre, son parte de mi ser! ¡Porque son mi familia y de nadie más!”

Grati a Dio e alla vita.

CAPITULO I

El acto administrativo creado dentro de las entidades públicas que generan afección al interés público

1. Concepto de Autotutela Administrativa

“La Administración Pública puede, por principio, eliminar sus propios actos administrativos que resulten viciados o liberados de tales vicios, sin necesidad de dirigirse para ello a otras autoridades. Este poder, que puede denominarse de autotutela de los derechos e intereses de la Administración, tiene el mismo fundamento que el de la ejecutoriedad de los actos administrativos, pues la voluntad del Estado, que se impone por fuerza o gravitación propia cuando sostiene la legitimidad de sus propios actos y pretende por tanto su ejecución se impone igualmente por sí cuando declara ilegítimo alguno de sus actos y lo priva de eficacia. Como la ilegitimidad del procedimiento primitivo (el declarado ilegítimo) no puede hacerse valer si no de modo que no perturbe el libre desenvolvimiento de la eficacia del acto, así la eventual irregularidad de los posteriores actos de anulación o revocación no pide que estos tengan todas sus consecuencias, salvo -claro está- la facultad de los particulares de impugnarlos, con el fin de hacer reconocer la validez del acto que fue anulado, con todas las ulteriores consecuencias”. (Fernando Andrade, 1997)

Por lo tanto, al hablar de autotutela administrativa nos lleva a definiciones como: “*anulación de oficio*” o “*revocación*”. Sin embargo, son conceptos que dentro del derecho administrativo muchas veces son confusos. Es por esto, que mi objetivo mediante este trabajo es plasmar una vía accesible a los administrados y funcionarios públicos en general.

La autotutela brinda poder a la Administración pública. ¿Qué poder? Pues, claramente se trata de una vigilia continua sobre los actos administrativos y bienes públicos, así también, se trata de fiscalizar actos de sus funcionarios, administrados y de sí misma, como un policía cumpliendo su deber. El Estado debe emitir actos

perfectos, y estos actos perfectos significa que sean eficaces y válidos. La eficacia del acto cuando es perfecto; procura rectificarlo cuando se presente un defecto superable.

Si el acto es ilegal se aplicará la anulación de oficio, y, mediante la revocación por ser el acto inoportuno o inconveniente.

Si los ciudadanos defendiéramos nuestros derechos acudiendo únicamente a nuestros propios medios, se presentaría una desigualdad lógica, los fuertes sobre los débiles, es por ello que, en caso de no avanzar un trámite en la vía administrativa, por trabas burocráticas, el administrado puede tener como “*aliado*” al juez. En cambio, la administración no necesita pedir socorro al juez, pues, sus intereses están resguardados y dispone de medios suficientes para hacerlo. “*Es un poder público democráticamente legitimado*”.

“(…) El cobro ejecutivo de una deuda o la resolución unilateral de un contrato son claras muestras de esa capacidad administrativa de proteger sus propios intereses, en tanto generales o públicos (que no deben confundirse con los particulares de las autoridades y funcionarios). La presunción de validez, ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos son los arbitrios jurídicos que lo permiten”. (Aguilar R. R., Derecho Administrativo, 2017)

Sin embargo, el actuar de la administración pública tendrá un control judicial de ser pertinente, pues, en un Estado de derechos los tribunales pueden suspender y anular cada una de las decisiones administrativas cuando vulneren el ordenamiento jurídico.

1.1. Entendimiento de la Autotutela Administrativa

El presente procedimiento administrativo es basado en la potestad de revisión de la administración Pública, el interés general y la seguridad jurídica en sede administrativa. Amparado en el artículo 201 numeral 1 del Código Orgánico Administrativo; que respecto a un acto administrativo que no estuviera bien fundamentada y respaldado en la Constitución el acto es nulo.

Por lo que, el acto administrativo posee características propias como lo son: Legitimidad, Ejecutividad, Ejecutoriedad, Estabilidad, e Impugnabilidad., presumiendo que nacen válidos, pudiendo invalidarlos únicamente con decisión judicial o administrativa dependiendo si ha causado efectos y generado derechos a favor del administrado; y, el COA establece claramente, como los actos administrativos pueden ser revisados e incluso revocados por la administración pública esto en base a la autotutela administrativa o interdictum proprio.

Definida también como aquella potestad administrativa, la cual permite a la administración pública, el poder ejecutar sus decisiones manifestadas mediante actos administrativos y a la vez el poder revisarlos, sin la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional.

Eduardo García de Enterría explica, que "la administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí mismas sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del "statu quo" eximiéndose de la necesidad común a los demás sujetos, se requiere una tutela judicial". Sin embargo, la autotutela tiene límites, como el principio de legalidad, razonabilidad, seguridad jurídica, entre otros.

Juan Carlos Cassagne indica, que la potestad revocatoria de la administración no puede ser ilimitada, ni arbitraria; es así que encuentra su límite en los derechos subjetivos, es decir que, la administración no puede volverse sobre sus actos que al mismo tiempo generaron derecho a favor de un administrado, siendo este el principio de irrevocabilidad.

Al decir esto, se brinda esa certeza, pues, se puede revocar actos creados en la administración; sin embargo, otros actos administrativos que por su naturaleza se presentan como irrevocables en sede administrativa, como los actos emitidos mediante la facultad discrecional o reglada de la administración como las autorizaciones, concesiones, la subvención, reconocimiento de crédito, la condonación de una deuda, aprobaciones o inscripciones o también los actos administrativos de control.

Estos actos son creadores de derechos en favor de los administrados o terceros. reglados o discrecionales, pueden ser objeto de revocatoria solo de dos maneras: obteniendo el consentimiento expreso de la persona que se beneficia del derecho o no se cuente con este consentimiento o se conculquen derechos, se cuenta con una vía alternativa para la revocación, siendo el órgano jurisdiccional el competente y quien se pronuncie sobre la anulación a través de la acción de lesividad.

La Administración Pública en ejercicio de la autotutela puede revocar sus decisiones en cualquier momento por razones de legalidad y oportunidad, siempre y cuando como ya he podido mencionar en líneas anteriores, no se trate de un acto que genere derechos a favor de un ciudadano.

1.2. Interés Público

Para un mejor entendimiento de este concepto a tratar me permito realiza una comparación entre el Interés legítimo, interés simple y el interés público, puesto que, para el administrado este concepto puede significar algo diferente al concepto con el que se maneja el funcionario que actúa a favor de la entidad.

“Si bien la ley no siempre determina con precisión los alcances de la fórmula elástica de contenido discrecional, “razones de interés público”, hay que interpretar que, entre otros casos, ella no procede en los supuestos en que la ejecución del acto determine: 1) la suspensión de un servicio público; 2) la suspensión del uso colectivo de un bien afectado al dominio público; 3) una subversión de la moral necesaria en el orden disciplinario o jerárquico; 4) una traba en la percepción regular de contribuciones fiscales, y 5) si hubiere peligro de grave trastorno del orden público, seguridad, moralidad o higiene pública. Por lo demás, las llamadas “razones de interés público” traducen un criterio de mera oportunidad o simple conveniencia que viabiliza, en su caso, la suspensión del acto, pero sólo en sede administrativa mas no en sede judicial, pues el órgano judicial sólo fiscaliza aspectos atinentes a la “legitimidad”, no a la “oportunidad” o “merito”. (Dromi, Derecho Administrativo, 2013)

El interés público es un tipo de justificación que usa la Administración pública frente a la expresión del bien común. Sin embargo, no deja de ser un concepto indeterminado, puesto que, la actuación de la Administración se enmarca a sus potestades y un fin. Dicho fin, debe ir acorde con una realidad social, económica, una realidad palpable a todos los ciudadanos por igual.

Por ejemplo, si un acto administrativo permite la construcción de un edificio de 7 pisos en un sector donde solo se ha venido admitiendo 3 pisos, resalta a simple vista la afección al interés público, o mejor conocido como un bien común.

A pesar de su regulación por la jurisprudencia no es posible hasta la actualidad concebir un concepto univoco del término “interés público”; sin embargo, ha sido defendido. ¿Puesto que, es difícil o imposible identificar un acto que produce daño al interés público? A mi parecer creería que no es una misión imposible, pues, no requiero de un precepto predeterminado para saber que ocasiona afección al bien de la colectividad.

2. Procedimiento correcto que se debe aplicar para revocar un acto impugnado

Aunque ya es de conocimiento general, es necesario recordar que es el acto administrativo según el Código Orgánico Administrativo:

“Art. 98.- Acto administrativo. Acto administrativo es la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa. Se expedirá por cualquier medio documental, físico o digital y quedará constancia en el expediente administrativo”.

Son actos que implican interlocución y decisión, de los cuales se espera operatividad administrativa. Como también, por regla general estos actos generados en la administración pública, no tienen que pasar por otro filtro como el contencioso

administrativo, excepto casos aislados que generan un daño al interés público otorgando derechos favorables a un particular.

Esta tesis analiza la acción de lesividad dentro de la administración pública, y, todo empieza por el acto administrativo antes mencionado. Pretendiendo encontrar una solución viable y beneficiosa para la administración, sin que esta tenga que acudir a otra vía o perder económicamente.

“La revocación es, pues, la declaración unilateral de un órgano en ejercicio de la función administrativa por la que se extingue, sustituye o modifica un acto administrativo por razones de oportunidad o de ilegitimidad. Puede ser total o parcial, con sustitución del acto extinguido o sin ella” (Dromi, Derecho Administrativo , 2014)

Entonces, para que un acto impugnado sea revocado el COA señala:

“Art. 118.- Procedencia. En cualquier momento, las administraciones públicas pueden revocar el acto administrativo desfavorable para los interesados, siempre que tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por el ordenamiento jurídico o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico”.

Vicente Montoya Chávez, expresa que “la impugnación es el acto por el cual una persona con capacidad jurídica se presenta ante la administración para pedir que revoque o modifique la resolución por ella expedida, por considerarla contraria a Derecho, en vista de haber lesionado violado o desconocido un derecho o un interés legítimo personal, actual y directo”

La impugnación busca revisar el proceder administrativo y así, enmarcarlo en el marco jurídico reparando a su vez el derecho que pudo ser violado, restableciendo la verdad objetiva de la ley. Los actos irregulares pueden ser revisados por petición, reclamo y recursos oportuno de parte interesada o también de oficio. Solventando el inconveniente en casa, sin tener que acudir a otra vía.

Es aquí, cuando la Administración puede reconstruir lo desmoronado, es cuando deben reparar y analizar el caso en particular, no solo con el fin de encausar el derecho violado del interesado, sino también para no cometer nuevamente el error. Por lo tanto, cuando es el momento indicado para suspender el acto administrativo. El COA indica:

“Art. 229.- Suspensión del acto administrativo. Por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados luego de su notificación. La interposición de cualquier recurso administrativo o judicial no suspenderá la ejecución del acto impugnado, salvo que la persona interesada lo solicite dentro del término de tres días, petición que será resuelta en un término igual. La ejecución del acto impugnado podrá suspenderse, cuando concurren las siguientes circunstancias: 1. Que la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación. 2. Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho, previstas en este Código o las normas que rijan el respectivo procedimiento especial. La administración resolverá sobre la suspensión del acto administrativo, previa ponderación motivada de los daños que su suspensión o ejecución causarían al administrado, al interés público o a terceros. La falta de resolución expresa al pedido de suspensión, se entenderá como negativa tácita. De la negativa expresa o tácita, no cabe recurso alguno. Al resolver la suspensión, la administración podrá adoptar las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la protección del interés público o de terceros y la eficacia de la resolución o el acto impugnado”.

Ejemplo

En el año 2021 el mundo entero sufrió una pandemia que causo demasiados estragos, en el Ecuador la Asamblea Nacional creo la Ley Orgánica de Apoyo Humanitaria, la misma que en el artículo 25 específicamente señalaba:

“Art. 25.- Estabilidad de trabajadores de la salud.- Como excepción, y por esta ocasión, los trabajadores y profesionales de la salud que hayan trabajado durante la emergencia sanitaria del coronavirus (COVID-19) con un contrato ocasional o nombramiento provisional en cualquier cargo en algún centro de atención sanitaria de la Red Integral Pública de Salud (RIPS) y sus respectivas redes complementarias, previo el concurso de méritos y oposición, se los declarará ganadores del respectivo concurso público, y en consecuencia se procederá con el otorgamiento inmediato del nombramiento definitivo“.

Dicha ley, llevo a que se presenten muchas acciones de protección en contra de los Hospitales públicos de la Red de Salud. Para el ejemplo indico que se notifica a un médico especialista en cirugía pediátrica con el cese de sus funciones, generando un perjuicio al Estado, una afcción al interés público de aspecto económico, de servicio y operativo. Por lo tanto, este error en el que incurre la administración pública podría ser resarcido, corregido.

Tanto es así, que las acciones de protección planteadas por los diferentes profesionales de la salud, se hicieron efectivas a su favor. Por lo tanto, la institución pública no debía continuar con las cesaciones en casos similares. Sin embargo, los actos administrativos fueron ejecutados. A partir de este ejemplo la administración podía y podría “REVOCAR” el acto administrativo con el fin claro de no ocasionar un perjuicio al Estado, conociendo previamente de los resultados y evitando el camino al orden judicial.

Se trataría de volver a revisar el acto administrativo que está generando el cese de las funciones importantes que realizaba el único médico especialista en cirugía pediátrica en un Hospital en el que todos los días ingresan muchos niños y adolescentes que necesitan de este servicio. Sin embargo, la administración consideraba que más importante era cesar de sus funciones a muchos profesionales de la salud por un tema económico que al final fue mucho más perjudicial con sentencias que mandaron a dar cumplimiento a la ley, devolviendo todas las remuneraciones que han dejado de percibir esos profesionales y claro esta entregarles un nombramiento definitivo por su labor en una pandemia.

2.1 Teoría de la revisión del acto administrativo

El Código Orgánico Administrativo señala:

“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”.

La persona interesada, el administrado que considere afectados sus derechos favorables generados por un acto administrativo, podrá pedir la revisión del procedimiento administrativo que se vino realizando, en el cual no estuvo involucrado, pero si afectado.

“Art. 132.- Revisión de oficio. Con independencia de los recursos previstos en este Código, el acto administrativo nulo puede ser anulado por la máxima autoridad administrativa, en cualquier momento, a iniciativa propia o por insinuación de persona interesada. El trámite aplicable es el procedimiento administrativo. El transcurso del plazo de dos meses desde el día siguiente al inicio del procedimiento de revisión de oficio sin dictarse acto administrativo, produce la caducidad del procedimiento”.

En palabras del profesor Roberto Dromi, la revisión de oficio del acto nulo de pleno derecho, ya sea revocándolo, sustituyéndolo, modificándolo, tiene carácter obligatorio. El carácter facultativo de la potestad o competencia revisora de la Administración cesa ante el acto nulo absoluto. Tal acto nulo absoluto lo es por sí, aunque la Administración piense que no está viciado, y como es intrínsecamente

nulo (la nulidad tiene trascendencia jurídica) está obligada a declarar su nulidad desde el momento en que advierte la existencia del vicio y mucho más cuando la advertencia se produce en ejercicio de la acción o recurso correspondiente, pues como el fundamento de la nulidad está en el propio acto, es objetiva, no pudiendo negarse al particular el derecho de conseguir la declaración de nulidad.

La suspensión provisional en sede administrativa de los efectos del acto administrativo estable *“tiene por finalidad típica evitar la consumación de nuevos y más graves daños a los bienes jurídicos que en cada caso, tutela el interés público y, en tal caso, la suspensión administrativa será interina y se extenderá como tal - esto es, como suspensión interina-por un lapso breve, hasta tanto se satisfagan las formas esenciales comprometidas por las aludidas circunstancias de urgencia impostergable”*. (Comadira F. G., 2019)

Aunque sea el interesado o la administración de oficio quien proceda a suspender el trámite para una revisión, esta suspensión se tendrá que mantener hasta que se obtenga un pronunciamiento.

“Suspensión con ocasión de la revisión de oficio de actos nulos, o la declaración de lesividad de actos anulablesLa suspensión de la eficacia de los actos nulos cuando se inicia el procedimiento de revisión de oficio y hasta que se adopta la resolución final tiene el mismo sentido general que la suspensión en vía de recurso. Se trata de privar de eficacia los actos porque, en otro caso, antes de anularlos, pueden haber producido todos sus efectos y haber perjudicado el interés general o los del destinatario del acto u otros terceros. Es de nota que la revisión de oficio (...)”.

El acto administrativo debe tener concordancia con el objeto, competencia, forma y voluntad, conforme a las normas que regulan a la Administración Pública. Por lo tanto, en el momento que no se cumplen estos preceptos o requisitos, pasamos a evidenciar que el acto tiene vicios, pasando a ser invalido e ineficaz.

Los vicios pueden ser leves, muy leves, como también graves y muy graves. Según su gravedad van afectar su validez, afectando de sobre manera los leves, graves y muy graves, provocando así, su nulidad, anulabilidad o inexistencia.

-Vicios Leves: Anulabilidad

-Vicios muy leves: No afecta la validez

-Vicios graves: Nulidad

-Vicios muy graves: Inexistencia

Dependerá de la gravedad del vicio el tipo de consecuencia jurídica, como también los vicios que generan nulidad administrativa tendrán una calificación establecida en la ley, es así que el COA refiere:

“Art. 228.- Nulidad del acto administrativo. Si la nulidad se refiere al acto administrativo se la declarará observando las siguientes reglas: 1. Cuando no se requieran actuaciones adicionales que el órgano que resuelve el recurso esté impedido de ejecutarlas por sí mismo, por razones de hecho o de derecho, se resolverá sobre el fondo del asunto. 2. Disponer que el órgano competente, previa la realización de las actuaciones adicionales que el caso requiera, corrija los vicios que motivan la nulidad y emita el acto administrativo sustitutivo, en el marco de las disposiciones que se le señalen. En este supuesto, los servidores públicos que hayan intervenido en la expedición del acto declarado nulo no pueden intervenir en la ejecución de la resolución del recurso”.

Cual fue la transgresión que surgió por el acto administrativo, son detalles que se tendrá que analizar por la máxima autoridad de la entidad que genero un acto administrativo para declararlo nulo.

El Código Orgánico Administrativo señala:

“Art. 105.- Causales de nulidad del acto administrativo. Es nulo el acto administrativo que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. 2. Viole los

fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide. 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo. 4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado. 5. Determine actuaciones imposibles. 6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código. 7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada. 8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración. El acto administrativo nulo no es convalidable. Cualquier otra infracción al ordenamiento jurídico en que se incurra en un acto administrativo es subsanable. El acto administrativo expreso o presunto por el que se declare o constituyan derechos en violación del ordenamiento jurídico o en contravención de los requisitos materiales para su adquisición, es nulo”.

Los numerales señalados en líneas anteriores, enmarcan las causales de nulidad de un acto administrativo en el Ecuador, brindando un conocimiento claro para el actuar administrativo, previo a generar un acto administrativo.

2.2. Nulidad del acto administrativo nulo de pleno derecho

“El acto nulo de pleno derecho en su versión ideal, que la realidad jurisprudencial, como se verá, relativiza en gran manera es aquel, como queda dicho, que, por estar afectado de un vicio especialmente grave, no debe producir efecto alguno y, si lo produce, puede ser anulado en cualquier momento sin que a esa invalidez pueda oponerse la subsanación del defecto o el transcurso del tiempo” (Parada, 2012)

“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... ..Es aquel que, se encuentra afectado gravemente, por lo que tanto, no puede surtir efectos. Sin embargo, en el caso de causar efectos se podrá anular y también resarcir los daños causados”.

La acción de lesividad puede eliminar del mundo jurídico el acto administrativo que afecte al interés público, y por otro lado la teoría general del acto administrativo, reconoce la potestad de la administración pública para revocar en sede administrativa actos administrativos por razones de oportunidad o pertinencia.

2.3. La lesividad

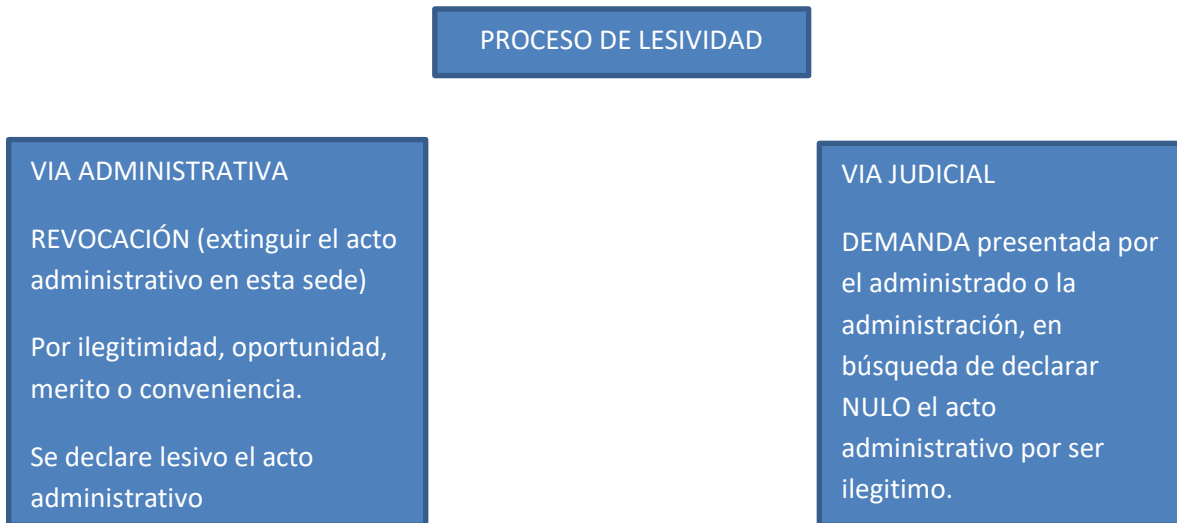
En el Ecuador, contamos hoy en día con el Código Orgánico Administrativo, el mismo que en su artículo 115 señala:

“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 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”.

El ente público que genero el acto administrativo generador de derechos se encontrara en la obligación de suspender los efectos que surgen a raíz de dicho acto. Esto como primer paso para que, posteriormente la administración acuda a

sede judicial, reconociendo su error, y, evidenciando que el acto es lesivo para el interés público.

Proceso de lesividad



En España se creó la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa (LRJCAE) en su artículo 56.1 establecía que “cuando la propia administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso administrativa su anulación, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza, en el plazo de 4 (cuatro) años, a contar de la fecha en que hubiere sido dictado” siendo esto un modelo para muchos otros países latinoamericanos.

Por lo tanto, la Administración pública debe dejar en evidencia y registrado su error, declarando la lesividad del acto. 1. Anulación de oficio por la Administración y 2. Nulidad judicial del acto administrativo. ¿Cuándo no puede anularse un acto de oficio en sede administrativa cual es el límite de la potestad anulatoria en vía administrativa? El límite es la estabilidad o bien llamado “cosa juzgada administrativa”

Cabe señalar también, que se hable de acto regular como el irregular lo importante es haber generado derechos subjetivos favorables al administrado. Siendo esto

absurdo que el acto irregular, acto viciado genere derechos subjetivos a favor de un administrado.

Por lo que, el acto irregular tendría que manejarse en sede Administrativa como acto anulatorio con ejecutoriedad propia y su nulidad en sede judicial.



El acto administrativo que causo Estado no podría ser anulado bajo el concepto señalado en líneas anteriores. Esto es, con efectos ejecutorios. Es por esto que la acción de lesividad toma protagonismo en vía judicial irrestrictamente, declarando judicialmente la nulidad de un acto administrativo declarado lesivo al interés público por haber nacido ilegítimo en vía administrativa.

Al referirnos a una acción entendemos que la vía idónea es la judicial, buscamos hacer vales el camino ya recorrido en vía administrativa como su pretensión. Pero, este término también pasa a ser un deber.

Pasa a ser un deber para la administración como para los jueces que conocerán de este proceso. Pues, al remitirnos a la vida diaria y práctica, un funcionario público podría corregir el error incurrido por otro funcionario; sin embargo, dejar en evidencia dicho error no solo “inmiscuye” al funcionario inicial, sino que también abarca a toda la institución y el Estado. ¿Por qué?

Porque generalmente desde la creación de un acto hasta su ejecución son varios los funcionarios con conocimiento de causa. Mientras que, la “acción de lesividad” pretende involucrar a un imparcial en la historia que pasa a ser el juez. Ahora bien, ¿qué es función administrativa? ¿Quiénes forman parte?

“(...) exige coordinar acciones para el cumplimiento de los fines de las instituciones del Estado sus organismos y dependencias para hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución de la República de acuerdo con el artículo 226 (...)”

Y, esta, está formada por personas, seres humanos que estamos propensos a equivocarnos, como también ser el medio para alcanzar el bien común.

“Art. 7.- Principio de desconcentración. La función administrativa se desarrolla bajo el criterio de distribución objetiva de funciones, privilegia la delegación de la repartición de funciones entre los órganos de una misma administración pública, para descongestionar y acercar las administraciones a las personas”.

No obstante, a partir de lo antes señalado, debe tomarse en cuenta el acto en función del órgano, sino su contenido para que este no se repita, generando consecuencias graves para el Estado y el Administrado.

Por ello, y, buscando con este trabajo brindar mayor claridad al tema. Una vez que la administración genero un acto estable, posteriormente lo declara lesivo al interés público siguiendo un proceso que lo han llamado “anulación de oficio o cosa juzgada administrativa”. De esta manera, interviene la nulidad judicial, siendo claro que, no se busca que se modifique el acto. Pues, su único camino es la extinción del mismo, sin perjuicio de que posteriormente, se los disponga en sede administrativa.

Finalmente, después de todo lo que se ha venido señalando, la acción de lesividad es un mecanismo extraordinario para un mejor servicio de la administración, puesto que, si un funcionario genero un acto administrativo plenamente regular y que causo

estado, favoreciendo a un administrado y afectando al interés público, es posible resarcir esa equivocación acudiendo a la vía judicial.

En la cual se podrá demostrar el daño causado al interés público frente al beneficio del ciudadano, permitiendo un equilibrio que brinda tranquilidad a la colectividad. Es este mi objetivo con mi trabajo de tesis, demostrar que la acción de lesividad no es una mala opción o una acción desconocida, todo lo contrario. Esta acción nos puede permitir como sociedad un avance en el campo administrativo en unión con los jueces.

Se entendería, también, que el funcionario tendría que justificar u obtener una sanción por su actuación en la creación del acto administrativo que causo un daño al interés público. Y esto, sería lo correcto. La función de un servidor público es la de servir.

“La lesividad permite la revocatoria de 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 y que son lesivos para el interés público. El procedimiento para declarar la lesividad consta de dos etapas, una en sede administrativa y otra en sede judicial, en la etapa administrativa se debe fundamentar la afección que sufre el interés público con la vigencia del acto administrativo, a fin de que tal fundamentación sea apreciada en sede judicial por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, tal recurso se encuentra consagrado en los artículos 115, 116 y 117 del COA”.

“Art. 116.- Caducidad de la potestad revocatoria. La declaratoria de lesividad y la consecuente revocación del acto no pueden efectuarse si han transcurrido tres años desde que se notificó el acto administrativo”.

Es claro el tiempo que señala la ley, posterior a estos tres años se dará la caducidad de la potestad revocatoria, el administrado que tenía conocimiento de este proceder de la administración; y, aun así, no hizo uso de sus derechos, no podrá acudir a la vía judicial.

“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”.

Para que sea válido el proceder de la administración pública, esta deberá seguir un debido proceso. Que conlleva a la competencia y el trámite administrativo, siendo la máxima autoridad quien puede declarar que el acto es lesivo para el interés público mediante un trámite previo que la administración está obligada a seguir, entre estos pasos esta, notificar al administrado.

Por lo tanto, después de haber seguido todo el procedimiento necesario dentro de la administración pública, esta, requiere de la “ayuda” y respaldo en vía judicial, es aquí en donde cobra vida el objetivo de este trabajo, pues, es totalmente viable y dable que en casos así se unan fuerzas respecto a estas dos vías para brindar justicia imparcial a todos los administrados.

Llevándonos a verle a la acción de lesividad como una herramienta importante y favorable para todos, incluyendo en este grupo a los servidores públicos, administrados y jueces.

CAPITULO II

3. La acción de lesividad en sede administrativa y judicial

3.1. La lesividad en vía administrativa

En la presente investigación me permitiré presentar el procedimiento administrativo de lesividad en sede administrativa mediante el siguiente flujograma:

```
graph TD; A[Procedimiento Administrativo previo a la Acción de Lesividad] --> B[PASO 1. Debido Procedimiento Administrativo, según las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico y el Código Orgánico Administrativo.]; B --> C[PASO 2. Expediente administrativo];
```

Procedimiento Administrativo previo a la Acción de Lesividad

PASO 1. Debido Procedimiento Administrativo, según las competencias que le atribuye el ordenamiento jurídico y el Código Orgánico Administrativo.

La acción de lesividad amerita instaurar un expediente administrativo, el mismo que debe respetar garantías básicas del debido proceso.

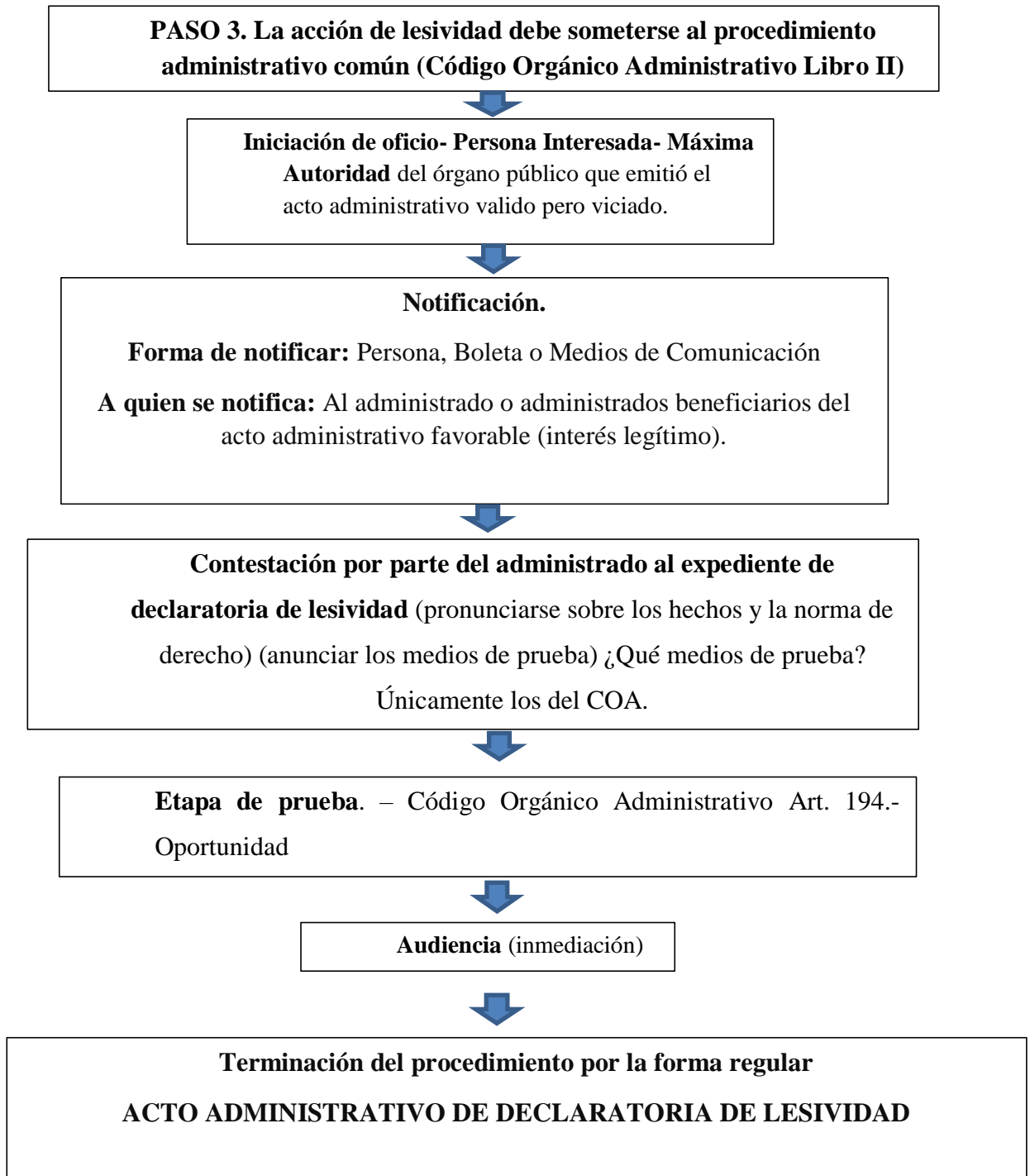
PASO 2. Expediente administrativo

Me permito señalar como el Código Orgánico Administrativo define al expediente:

“Art. 145.- Expediente administrativo. Los documentos de un expediente constarán ordenados cronológicamente en función de su recepción. Todas las hojas del expediente serán numeradas de manera secuencial, manualmente o por medios electrónicos. Al acto de simple administración, incluso el inicial de cualquier procedimiento, se hace referencia como orden de procedimiento seguida por el correspondiente ordinal. El acto administrativo lleva la nomenclatura de resolución y cualquier otro indicador empleado en la administración pública para su identificación. La constancia se incorporará al expediente bajo la nomenclatura de razón”.

Por otro lado, la doctrina enseña por procedimiento administrativo:

“El procedimiento administrativo es el conjunto de trámites y formalidades que debe observar la administración al desarrollar su actividad. Los órganos de la Administración se mueven dentro de los límites precisos que fija el derecho y sujetándose a reglas de procedimiento determinados. Esto es indispensable no solo para encausar debidamente a la Administración Pública, sino como garantía de los particulares afectados por la actividad que desenvuelven. El cumplimiento de las normas de procedimiento es, por lo tanto, un deber de los órganos públicos. Las reglas de procedimiento regulan toda la actividad de la administración: cuando formula declaraciones de voluntad y cuando ejecuta hechos”.



PASO 4. La administración en el acto administrativo de declaratoria de lesividad debe justificar la afectación al bien común e interés público.

Definiré los conceptos jurídicos determinados:

Que es el bien común. –

“Es un concepto complejo, ya que al lado de la idea de “bien” (que significa perfeccionamiento del hombre), está la idea de “común” (que obrando sobre el “bien” indica que éste debe ser distribuido y participado por todos los miembros del Estado).

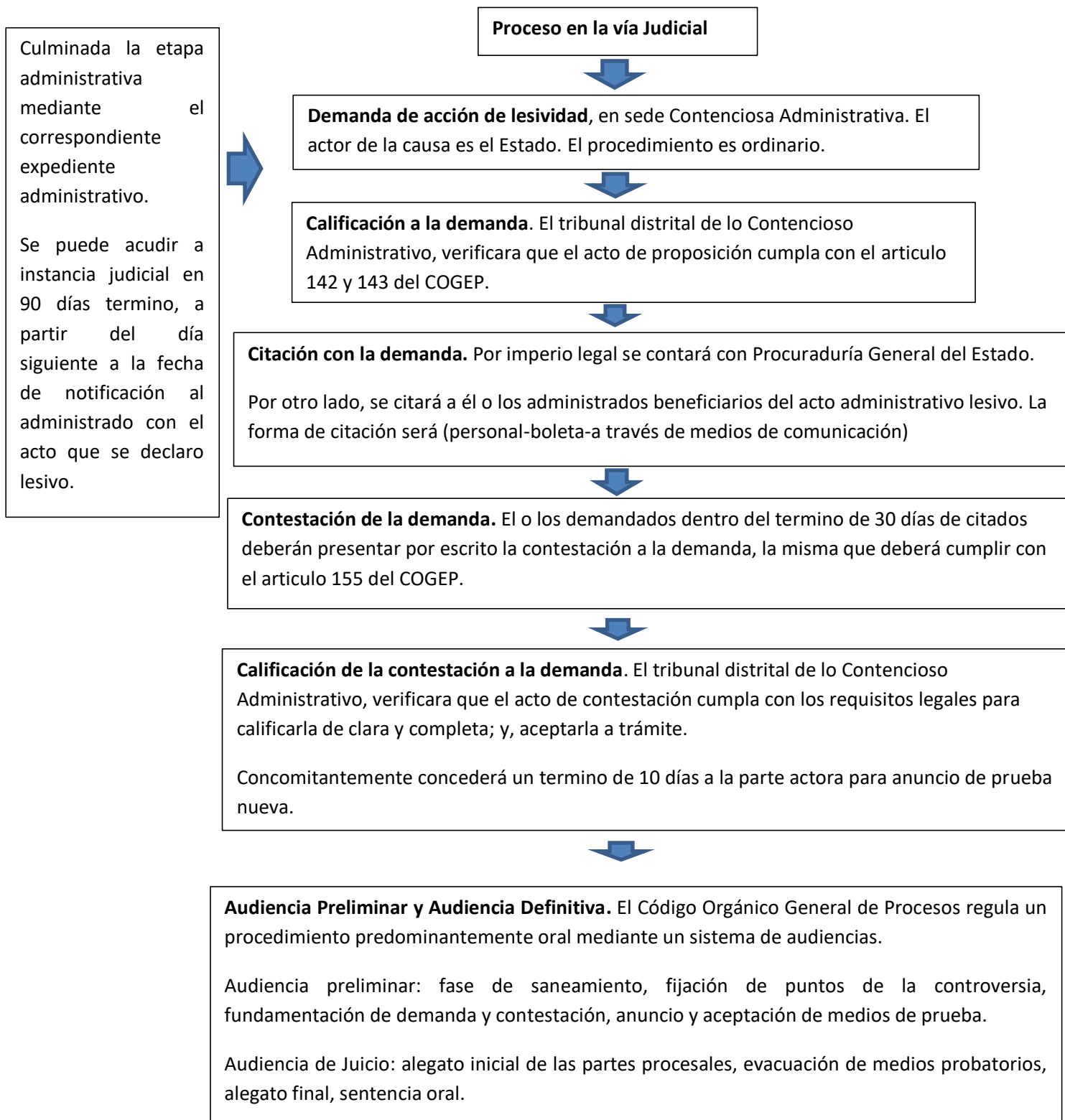
- *Es el conjunto de condiciones sociales que hacen posible y favorecen en los seres humanos el desarrollo integral de sus personas.*
- *Es la búsqueda de lo que es bueno para la sociedad.*
- *Es la participación de todos los individuos y agrupamientos intermedios de la sociedad en los bienes resultantes de la cooperación, en la medida de sus respectivas prestaciones.*
- *Es la defensa de los derechos y deberes de la persona humana.*
- *Son los bienes de dominio público, es el conjunto de bienes, que, de acuerdo al ordenamiento jurídico, se hallan al uso público del público, dichos bienes pueden tener un uso común.*
- *Es una realidad tangible en virtud de la cual el hombre crea las condiciones para su desarrollo”.*

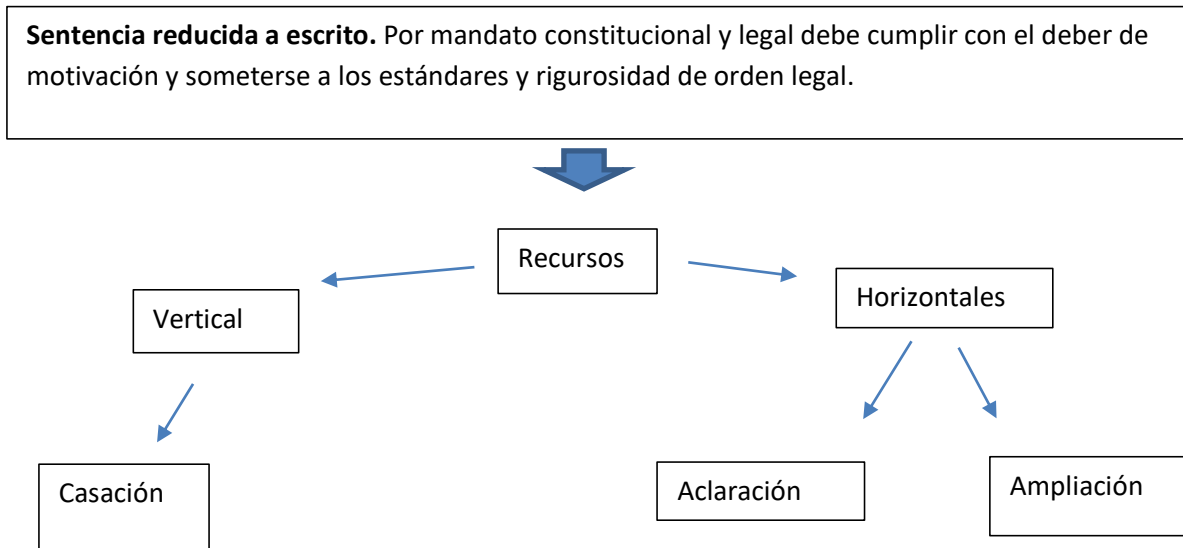
Interés Público. –

- *“Es así que el interés debe tener las siguientes condiciones:*
- *Directo. Debe recaer en el propio interesado o interesados.*
- *Personal. Debe tener relación directa con la persona jurídica del interesado o interesados.*
- *Probado. Debe ser susceptible de demostrar que el peticionante o reclamante es el titular del derecho.*
- *Actual. Debe de encontrarse vigente al momento que se inicia el proceso administrativo o se interponga la petición o reclamación. Si no concurren estas cuatro condiciones, no se justifica la titularidad. Cabe dar ciertas precisiones importantes:*

3.2. La Lesividad en vía judicial

En la presente investigación me permitiré presentar el proceso de acción de lesividad en sede judicial mediante el siguiente flujograma:





3.3. ENTREVISTAS respecto de la acción de lesividad.

JUECES

Dra. Cecilia Delgado

Jueza del Contencioso Administrativo de la ciudad de Quito

Pregunta 1

¿Cuántos años ejerce su cargo de jueza Contencioso Administrativo?

Desde junio de 2015 (7 años) en la ciudad de Quito

Pregunta 2

¿Antes de ejercer la judicatura cumplió o no alguna función pública?

Si, fui abogada de la Procuraduría General del Estado en asuntos constitucionales

Pregunta 3

¿Cuántos casos promedio resuelve como jueza del Contencioso Administrativo?

Un promedio de 8 a 10

Pregunta 4

¿Cuántos casos de acción de lesividad a resuelto como jueza del Contencioso Administrativo?

Ninguno hasta la fecha

Pregunta 5

¿En su experiencia como funcionaria pública, antes de ejercer la judicatura conoció o tramito en sede administrativa o judicial alguna acción de lesividad?

No.

Pregunta 6

¿Desde su experiencia que problemática encuentra a la acción de lesividad?

Mas que una problemática, considero que hay desconocimiento. Los funcionarios públicos no hacen mucho uso de este mecanismo para corregir alguna actuación de la administración.

Pregunta 7

¿Desde su perspectiva, sería beneficioso que la administración se respalde en la judicatura para la aplicación de la acción de lesividad como una herramienta de bienestar al interés público?

Si, totalmente, pues esto evitaría arbitrariedades y se escuche al administrado.

Dr. Paul Jiménez

Juez del Contencioso Administrativo de la ciudad de Cuenca

Pregunta 1

¿Cuántos años ejerce su cargo de juez Contencioso Administrativo?

Desde el año 2013 (9 años) en la ciudad de Cuenca

Pregunta 2

¿Antes de ejercer la judicatura cumplió o no alguna función pública?

Si. Como asesor jurídico del Banco Central de Cuenca

Pregunta 3

¿Cuántos casos promedio resuelve como juez del Contencioso Administrativo?

Entre 8 a 10 como promedio

Pregunta 4

¿Cuántos casos de acción de lesividad a resuelto como juez del Contencioso Administrativo?

De 4 a 5 casos relacionados durante todos estos años

Pregunta 5

¿En su experiencia como funcionario público, antes de ejercer la judicatura conoció o tramito en sede administrativa o judicial alguna acción de lesividad?

No.

Pregunta 6

¿Desde su experiencia que problemática encuentra a la acción de lesividad?

Creo que generalmente se trata de un desconocimiento de las entidades públicas frente a la acción de lesividad. Por este desconocimiento, hay vicios en los actos creados en vía administrativa. Así también se podría hablar de una desviación de poder en temas de orden laboral administrativo al desvincular a los servidores públicos de formas arbitrarias.

Pregunta 7

¿Desde su perspectiva, sería beneficioso que la administración se respalde en la judicatura para la aplicación de la acción de lesividad como una herramienta de bienestar al interés público?

Si claro. La fase administrativa cumple con su parte y la judicatura se encargaría de revisar la legalidad del acto administrativo.

Comentario General de las entrevistas a los jueces

La conclusión de las entrevistas a los jueces de lo Contencioso Administrativo, es una realidad palpable en el día a día, pues, a pesar de encontrarse en diferentes

ciudades viven una realidad muy parecida en el tema. Ambos ejercieron otros cargos en la función pública antes de ser jueces, y, posteriormente ingresaron a la judicatura. En ninguna área se evidencia la aplicación de la acción de lesividad. Es de conocimiento de los profesionales dicha acción y cuál es su objetivo. Sin embargo, coinciden al decir que hay un desconocimiento general sobre el tema y su aplicación, como también indican la utilidad y cambio radical que se daría si habría un debido apoyo y sintonía entre la vía administrativa y judicial.

DOCTRINARIOS

Dr. Fernando Comadira

Autor Argentino

Pregunta 1

¿Cuántos años tiene de investigación en la ciencia del derecho?

10 años

Pregunta 2

¿Dentro del estudio de este campo del saber, que nos puede referir sobre la figura jurídica de la acción de lesividad?

Que es uno de los institutos que dejan con mayor claridad la diferencia que hay entre los principios del derecho privado y el derecho público, pues mientras que en el primero el principio general es que el que genero la nulidad no puede alegar su propia torpeza, en el derecho publico es todo lo contrario y eso se plasma en este caso mediante la acción de lesividad. Como instrumento procesal por medio del cual quien dicto un acto administrativo y no lo puede anular con efectos ejecutorios en sede administrativa acude a la justicia para su nulidad.

Pregunta 3

¿Como resultado de su investigación y o publicaciones encuentra o no un beneficio de la autotutela vía acción de lesividad a favor de los intereses de los ciudadanos o la administración?

Es en beneficio de los dos, porque satisfacer el interés público significa satisfacer el interés particular, no son conceptos antitéticos. Eso por un lado y por otro en beneficio del particular en el marco del instituto de la acción de lesividad se aprecia el famoso agotamiento de la vía que siempre fue visto como una prerrogativa que opera también como una garantía a favor de los administrados porque si lo pensamos, por ejemplo, entre los fundamentos que agotan la vía (etapa de conciliación) los fundamentos de la vía administrativa esta facilitar la tarea del juez por el expediente y además opere como etapa previa.

Pregunta 4

¿Desde el punto de vista teórico, que constituiría la verdadera reparación integral vía indemnización, al cual se le ha revocado un acto administrativo favorable?

Si se tenía conocimiento del vicio no tiene derecho a ninguna indemnización, pero cuando no se tenía conocimiento de este es obligación de la administración indemnizar por el daño generado porque se actuó de buena fe. Cuando le notifican del acto nulo se tiene claramente conocimiento. Por lo tanto, yo propongo en mi tesis como posible solución que si la sentencia declara nulo el acto se retrotrae hasta cuando se dictó lesivo el acto, porque desde este momento se tenía un conocimiento claro, a menos que en el marco del proceso de lesividad se demuestre que tenía conocimiento del vicio la sentencia se debe retrotraer desde que se genero el acto.

Dr. Francisco Guerrero Cely

Autor Ecuatoriano

Pregunta 1

¿Cuántos años tiene de investigación en la ciencia del derecho?

De ejercicio profesional tengo 38 años, todo este tiempo he investigado temas de derecho administrativo de diferente clase. En realidad, la investigación como tal, concentrada en investigación jurídica pura desde el año 2000, aproximadamente 22 años de investigación.

Pregunta 2

¿Dentro del estudio de este campo del saber, que nos puede referir sobre la figura jurídica de la acción de lesividad?

La acción de lesividad implica una especie de protección o recurso a favor de la administración pública cuando esta constata que ha emitido actos administrativos favorables a un administrado que lesionan el interés público. Entonces estamos frente a un acto favorable pero que lesiona el interés público. Por lo tanto, la ley otorga a la administración la facultad de revocar dicho acto por razones de oportunidad. Para ello debe cumplir un procedimiento administrativo y declarar lesivo el acto para los intereses públicos. Entonces, sustancia un procedimiento administrativo donde le notifica al administrado “beneficiado” con el acto administrativo para que se defienda. Luego de cumplidas estas etapas, la administración emite un nuevo acto administrativo donde declara que el acto original afecta el interés público y lo revoca por razones de oportunidad. Una vez revocado el acto de presentar una acción judicial de lo contencioso administrativo en donde se confirme o no la lesividad del acto. Y así se confirma la revocatoria.

Pregunta 3

¿Como resultado de su investigación y o publicaciones encuentra o no un beneficio de la autotutela vía acción de lesividad a favor de los intereses de los ciudadanos o la administración?

Es necesario que exista esta acción de lesividad, precisamente para cumplir el objetivo que menciono en líneas anteriores. Por otra parte, creo que esto beneficia al interés público, ósea de la administración, no de los ciudadanos, porque a través de esta figura se revoca los actos administrativos favorables, por lo tanto, de ninguna forma puede ser a favor del ciudadano.

Para extinguir actos que han sido emitidos afectando el interés público, por lo que se considera que no beneficia de ninguna forma a los administrados. Considerar también los tiempos de caducidad. Pues, esta facultad puede ser ejercida dentro de los 3 años a partir de la emisión del acto administrativo.

Pregunta 4

¿Desde el punto de vista teórico, que constituiría la verdadera reparación integral vía indemnización, al cual se le ha revocado un acto administrativo favorable?

El problema es que, si le dejan sin efecto un acto favorable (construcción) que se empezó a ejecutar, y ya se contrata carpinteros, plomeros, instaladores, compra material, etc. ¿Cuál sería la reparación? Se le debe indemnizar por el daño emergente y lucro cesante. La verdadera reparación para el administrado se dará cuando en sede judicial le indemnicen y se ordene a la administración su cumplimiento.

Comentario general a los investigadores

Como un resumen, se entiende que los investigadores coinciden en el daño grave que ocasiona al ciudadano esta dinámica equivocada que puede realizar la administración, puesto que, en el instante que se genero el acto administrativo favorable al ciudadano, este lo va hacer real y efectivo; posterior a ello la administración pública lo declara lesivo al interés público. Sin embargo, se dio una

discrepancia entre los investigadores al referir del beneficio de la acción de lesividad. Pues, para uno se existe beneficio para el administrado en razón del agotamiento de la vía y el respeto que con ello se da al principio de seguridad jurídica, mientras que por otro lado refiere que esto afecta directamente al administrado que en ninguna instancia resulta algo beneficioso. Pues, de por medio van a ver inversiones, abogados, malos ratos, un daño a su patrimonio etc. El único beneficio de esta acción va dirigido a la administración que fue la que cometió el error.

FUNCIONARIOS PÚBLICOS

Dr. Edgar Bermeo

Procurador Sindico de Cañar

Pregunta 1

¿Cuántos años tiene de funcionario público?

Soy funcionario público 18 años, desde el año 2004 hasta la fecha.

Pregunta 2

¿Desde su experiencia como funcionario público, como puede interpretar el concepto jurídico indeterminado de interés público?

Como administración pública, respaldados en la Ley y la Constitución de la Republica del Ecuador, prevalecerá siempre el interés general frente al interés personal o individual. Por lo tanto, se debe tomar varias acciones para verificar que se está cumpliendo con el interés público. Las obras que se realicen serán de utilidad colectiva.

Siempre prevalece el interés común

Pregunta 3

¿En sus años de funcionario público, por respeto a la autotutela administrativa, ha debido o no implementar un procedimiento en sede administrativa de lesividad?

Dentro de los 18 años en el sector público no he aplicado la acción de lesividad.

Siempre he buscado aplicar la norma; Sin embargo, hay varias resoluciones o actos administrativos que no están dentro del control en mi cargo.

Esto no significa que sea posible hacerlo.

Pregunta 4

¿Cuáles son las ventajas y desventajas que, como servidor público, verifica en la potestad de la administración pública de aplicar la acción de lesividad?

Una de las ventajas es que un funcionario público que tenga que resolver algo, tiene que estar informado y actualizado en la normativa legal. Faculta también que si existe un error involuntario se pueda acudir a otras instancias para reponer el mismo.

Como desventaja siempre será para el servidor público las consecuencias que traerá este error involuntario, por eso es que muchos no van a aceptar que realizaron determinada acción, o no quisieran de oficio implementar una acción de lesividad por las responsabilidades que conllevarían después.

Mgs. María Mercedes Idrovo

Asesora de la secretaria general Jurídica de la Presidencia de la Republica del Ecuador

Pregunta 1

¿Cuántos años tiene de funcionaria pública?

7 años

Pregunta 2

¿Desde su experiencia como funcionaria pública, como puede interpretar el concepto jurídico indeterminado de interés público?

A mi parecer el interés público son temas de relevancia nacional que implica a la sociedad y los ciudadanos en general, por lo tanto, las instituciones que conforman el sector público están llamadas a realizar acciones a favor del interés general.

Pregunta 3

¿En sus años de funcionaria pública, por respeto a la autotutela administrativa, ha debido o no implementar un procedimiento en sede administrativa de lesividad?

No.

Pregunta 4

¿Cuál son las ventajas y desventajas que, como servidora pública, verifica en la potestad de la administración pública de aplicar la acción de lesividad?

Las ventajas a mi parecer serían que se da el agotamiento de la vía, sea en sede administrativa como judicial, así también, considero que se trata de una ventaja que la administración pública pueda corregir esta acción equivocada que causó perjuicio al administrado, y a su vez, no sea obligación del administrado iniciar la acción de lesividad. Mientras que, la desventaja sería el tiempo que transcurre y afecta a los intereses patrimoniales del Estado y el particular.

Comentario general a los funcionarios públicos

Como un comentario general respecto de las entrevistas realizadas a los funcionarios públicos es que coinciden en el desconocimiento y por ende muy poca aplicación de la acción de lesividad en nuestro país, puesto que el miedo de un servidor público recae en las sanciones o multas que se le podría imponer al aceptar un error cometido, esto es, generar un acto administrativo favorable que cause daño al interés público.

PROFESORES

Dr. José Gabriel Terán

Universidad de las Américas

Pregunta 1

¿Cuántos años se dedica a la docencia?

10 años

Pregunta 2

¿En sus años de docencia, ha dirigido o analizado un trabajo de investigación respecto a la acción de lesividad?

No. Ni en pre grado ni en posgrado

Pregunta 3

¿Dentro de la malla curricular, se enseña a los estudiantes respecto a la acción de lesividad?

Si, en efecto en la universidad de la Américas, en derecho administrativo y gobiernos autónomos descentralizados, comentamos sobre la acción de lesividad.

Pregunta 4

¿Desde el punto de vista académico, existe o no nudos críticos respecto a la figura jurídica acción de lesividad?

Yo diría que hay dos puntos críticos que se debería profundizar, la primera analizar o explorar porque la administración pública es contraria o se niega a plantear una acción de lesividad cuando es el camino idóneo cuando un acto que afecte a un ciudadano.

Y por otro lado se debería estudiar la acción de lesividad en el COA, es decir hacer una crítica o cuestionamiento, porque el legislador plantío la acción de lesividad,

que reformas se podrían realizar para que esta acción sea más utilizada por la administración pública.

Dr. Guillermo Ochoa

Universidad del Azuay

Pregunta 1

¿Cuántos años se dedica a la docencia?

10 años

Pregunta 2

¿En sus años de docencia, ha dirigido o analizado un trabajo de investigación respecto a la acción de lesividad?

Si. Han sido dos vinculados a la acción de lesividad

Pregunta 3

¿Dentro de la malla curricular, se enseña a los estudiantes respecto a la acción de lesividad?

Si. En derecho administrativa, instituciones y parte procesos

Pregunta 4

¿Desde el punto de vista académico, existe o no nudos críticos respecto a la figura jurídica acción de lesividad?

Si, faltaría clarificar y explorar la activación y ejecución procesal, pues es una figura desconocida en el plano jurídico. Principalmente este nudo critico está en el sector de los abogados como tal.

Comentario general a los docentes

A manera de resumen de lo expuesto por los señores docentes, es que son muy pocas las investigaciones que se realizan sobre la acción de lesividad, es una figura importante pero aislada que se encuentra fijada en nuestro ordenamiento jurídico; Sin embargo, se hace caso omiso desde la administración pública para su aplicación, como también, es necesario se explore más a fondo desde las aulas universitarias esta acción.

Comentario general a todas las entrevistas

Es totalmente enriquecedor poder escuchar a todos y cada uno de los profesionales que me permitieron entrevistar, sus enfoques son diferentes y similares también. Y, como conclusión general se evidencia que la acción de lesividad es una gran herramienta a la cual se debería prestar mucha más atención, ser más estudiada, más analizada y sobre todo aplicada.

4. Teoría de prueba para justificar la afección al interés público

Dentro del estudio de la acción de lesividad, relievamos la importancia sobre la teoría de la prueba en sede administrativa y judicial respecto de la pregunta: ¿Cómo justificar la afección al interés público?

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 83 señala los deberes y responsabilidades de las ecuatorianas y los ecuatorianos notando que en su parte pertinente recuerda “*Promover el bien común y anteponer el interés general al interés particular, conforme al buen vivir*”, puesto que, a pesar de que este concepto es indeterminado lo podemos considerar como lógico para todos.

Si la afección es general y el acto administrativo causa un perjuicio a varios ciudadanos, colectividad, pueblo, ciudad, entre otros. Pues, estamos frente al interés público. Sin embargo, para exponer un concepto, el autor Félix M Aliaga Díaz indica que “*El interés público es la actividad tan relevante, que el Estado la titulariza, incluyéndola entre los fines que debe perseguir necesariamente. Es el mismo*

interés colectivo colocado por el Estado entre sus propios intereses asumiéndolos bajo un régimen de Derecho público, exorbitante y derogatorio del derecho común. La finalidad de la administración pública es el interés público; se explica, debido a que del hombre es un ser social, sin embargo, no puede tratarse a sí mismo; el libre juego de las empresas privadas le permite satisfacer algunas de sus necesidades gracias a la división del trabajo y al trueque. Pero hay otras necesidades, quizá las más esenciales, que no pueden recibir satisfacción por esas vías. Esas necesidades, que la iniciativa privada no puede satisfacer, pero que son vitales para toda la comunidad y para cada uno de sus miembros, constituyen el dominio peculiar de la Administración pública. Sería una contradictio in terminis hacer aparecer al Estado, que es la expresión jurídica de la colectividad, como titular de intereses privados”.

Porque es claro que, el Estado solo puede tener intereses públicos y la colectividad puede exigir su cuidado y uso común, como también, un equilibrio en su manejo, y, en caso de que se llegara a presentar un caso que involucre el interés público como ciudadanos y administración definir, ¿qué es la prueba?

“Es la actividad de las partes dirigida a crear en el juez la convicción de la verdad o falsedad de los hechos alegados en la demanda o en la contestación”.

¿Cuál es el objetivo de la prueba?

“tiene por objeto demostrar la exactitud o inexactitud de los hechos que han fundamentar la decisión del procedimiento”.

“Garrido Falla y Fernández Pastrana: (la) actividad cuyo objeto es la acreditación o determinación de los hechos en que ha de sustentarse la resolución de aquél (el procedimiento”.

¿Cuál es el fin de la prueba en sede administrativa y en sede judicial?

“Principio de interés público de la función de la prueba: Es evidente que existe un interés público manifiesto en la función que desempeñan las pruebas en el proceso a pesar de que cada parte persigue su propio beneficio. No obstante que son los particulares los que ponen en movimiento los procesos, es claro que existe paralelamente un interés público en su resolución por las consecuencias jurídicas y de otra índole que una eventual sentencia estimatoria podría significar para la Administración recurrida”. (Díaz, 2021)

4.1. SEDE ADMINISTRATIVA

Es necesario estudiar en esta investigación los principios que la administración pública debe respetar en el expediente administrativo previo de declaratoria de lesivo del acto administrativo respecto de la prueba:

Principio de legalidad. - *“las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.*

Igualdad jurídica. - *“La Administración no puede actuar desigualmente concediendo prerrogativas o privilegios a unos o negando arbitrariamente derechos a otros”.*

Se determina jurídicamente por la concurrencia de cuatro condiciones que forman su contexto:

Delimitación de su aplicación (reserva legal)

Ordenación jerárquica de sujeción de norma a la ley

Determinación de selección de normas aplicables al caso concreto

Precisión de los poderes que la norma confiere a la administración

Razonabilidad. - *“Todo acto de la administración debe ser manifiestamente razonable, es decir, que encuentre su justificación en preceptos legales, hechos, conductas y circunstancias que lo causen. La razonabilidad del acto responde al debido proceso de verificación de los hechos que justifican y la apreciación objetiva*

que debe valorarlos. Debe de haber una relación lógica, adecuada y proporcionada entre el consecuente y los antecedentes. Entre el objeto y el fin”.

Principio del debido procedimiento. - *“Los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo. Tales derechos y garantías comprenden de modo enunciativo mas no limitativo, los derechos a ser notificados; a acceder al expediente; a refutar los cargos imputados; a exponer argumentos y a presentar alegatos complementarios; a obtener una decisión motivada, fundada en derecho, emitida por autoridad competente, en un plazo razonable; y, a impugnar las decisiones que los afecten”.*

Derecho a la notificación. - *“El concepto de “notificación” consiste en un sentido lato en “hacer conocido algo”. La notificación busca que una decisión de la Administración Pública, que afecta un derecho o el interés de un administrado sea conocida por este a fin de que pueda defenderse o cumplir el mandato”*

CASSAGNE señala que la notificación traduce un efectivo y cierto conocimiento del acto por parte del particular. Así, la notificación es una forma de comunicarle al administrado que la entidad administrativa correspondiente ha tomado una decisión respecto de sus derechos o intereses, para que este pueda decidir apelar, aceptar cumplir o presentar sus descargos si se trata de un procedimiento sancionador. La mayor importancia de las notificaciones está precisamente en el ámbito de los procedimientos de oficio, toda vez que en los procedimientos iniciados a solicitud del propio interesado existen medios alternativos para tomar conocimiento, ya que al menos se conoce que hay un procedimiento en trámite. En el caso de los procedimientos de oficio, el administrado desconoce por completo la existencia de un procedimiento administrativo. Otro aspecto importante de la notificación es que permite que del acto administrativo sea eficaz, que surta efectos jurídicos en la esfera del administrado. Si un acto administrativo es emitido, pero no es notificado no es un acto administrativo eficaz, conforme estudiaremos, por más que sea un acto administrativo válido. Que el acto administrativo sea eficaz significa que logre la finalidad para la cual fue emitido: sancionar,

cobrar la multa, otorgar el derecho, suspender un derecho, denegar un pedido”.

Por otro lado, el Código Orgánico Administrativo sobre la prueba dispone:

“Art. 194.- Oportunidad. La prueba será aportada por la persona interesada en su primera comparecencia al procedimiento administrativo. La prueba, a la que sea imposible tener acceso, deberá ser anunciada y aquella que no se anuncie no podrá introducirse en el período de prueba previsto en la norma de la materia o en su defecto, cuando las administraciones públicas lo fijen. Todo documento, información o pericia que no esté en poder de la persona interesada, que para ser obtenida requiera del auxilio de la administración pública, facultará para solicitar al órgano administrativo que ordene a quien corresponda que la entregue o facilite de acuerdo con las normas de este Código. Se podrá solicitar prueba no anunciada en la primera comparecencia, hasta antes de la resolución, siempre que se acredite que no fue de conocimiento de la persona interesada o que, habiéndola conocido, no pudo disponer de la misma. La administración pública podrá aceptar o no esta solicitud. Si la acepta, el órgano dispondrá que se la practique en un término de cinco días y no se podrá solicitar más pruebas. En el procedimiento administrativo donde no se haya previsto un período de prueba, la administración pública de oficio o a petición de la persona interesada, abrirá un período específico de no más de treinta días”.

“Art. 195.- Cargas probatorias. La prueba se referirá a los hechos controvertidos. En todo procedimiento administrativo en que la situación jurídica de la persona interesada pueda ser agravada con la resolución de la administración pública y en particular, cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública. En todos los demás casos la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada. La administración pública no exigirá de la persona interesada la demostración de hechos negativos, la ausencia de

responsabilidad, su inocencia o cualquier otra forma de prueba ilógica o físicamente imposible”.

“Art. 196.- Regla de contradicción. La prueba aportada por la administración pública únicamente tendrá valor, si la persona interesada ha tenido la oportunidad de contradecirla en el procedimiento administrativo. Para este propósito la práctica de las diligencias dispuestas por la administración pública será notificada a la persona interesada a fin de que ejerza su derecho de defensa”.

Señala Hutchinson, en referencia a ciertos medios de prueba que en el Derecho Administrativo se convierten en inviables, que, si existiera la facultad de imponer un interrogatorio a los agentes de la administración para comprometer el interés público y el patrimonio del Estado con su sola declaración, se destruiría la base institucional de la competencia de los actos administrativos y la eficacia de las formas esenciales de los actos administrativos.

Por otro lado, sobre reglas procesales de producción y valoración de la prueba el COA indica:

“Art. 197.- Prueba pericial y testimonial. La administración o la persona interesada podrán concontrinterrogar a peritos y testigos cuando se hayan emitido informes o testimonios en el procedimiento. Para el efecto, la administración pública convocará a una audiencia dentro del periodo de prueba. En el concontrinterrogatorio se observarán las siguientes reglas: 1. Se realizarán preguntas cerradas cuando se refieran a los hechos que hayan sido objeto de los informes y testimonios. 2. Se realizarán preguntas abiertas cuando se refieran a nuevos hechos respecto de aquellos expuestos en sus informes y testimonios. No se presupondrá el hecho consultado o se inducirá a una respuesta. 3. Las preguntas serán claras y pertinentes. Los testimonios e informes periciales se aportarán al procedimiento administrativo por escrito mediante declaración jurada agregada a un protocolo público. El

contrainterrogatorio deberá registrarse mediante medios tecnológicos adecuados”.

“Art. 198.- Prueba oficiosa. Las administraciones públicas podrán disponer la práctica de cualquier prueba que juzguen necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos”.

“Art. 199.- Medios de prueba. Los hechos para la decisión en un procedimiento pueden acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, con excepción de la declaración de parte de los servidores públicos”.

“Art. 200.- Gastos de la práctica de la prueba. Los gastos de aportación y producción de las pruebas son de cargo del solicitante. Se exceptúan de la regla precedente, las pruebas solicitadas por la persona interesada que estén en poder de la misma administración pública a cargo del procedimiento administrativo. La administración pública puede exigir el anticipo de los gastos, a reserva de la liquidación definitiva que debe practicarse, previa acreditación de la realidad y cuantía de los mismos”.

Con base en todo lo expuesto se señala cuales son los medios de prueba, los principios procesales y doctrinarios de la prueba, que la administración pública y el administrado, dentro del expediente administrativo utilizaran para justificar o no la afección al interés público.

4.2. SEDE JUDICIAL

En el Ecuador el Código General de Procesos señala claramente los medios de prueba a producir en vía judicial y que son:

1. Prueba Documental (Instrumento público y privado).
2. Prueba Testimonial (declaración de testigo o declaración de parte).
3. Prueba Pericial; y,
4. Inspección Judicial.

Las pruebas son apreciadas según las reglas de la sana crítica, pues, es obligación del juez exponer de forma razonable el examen de los elementos probatorios y el “merito” que les corresponda en sentencia, para verificar o no la afectación al interés público, aceptar la demanda y ratificar la lesividad del acto administrativo; por el contrario, rechazar la demanda por no estar comprometido el bien común.

La prueba es “(...) *el elemento racional que sirve a la formación de la convicción del funcionario, siempre que no esté expresamente prohibida por la ley ni sea contraria a la moral o al orden público (...)*”. (Díaz, 2021)

Todo lo antes mencionado en la ley, busca resguardar no solo a la administración pública y el interés público, sino que también, busca cubrir al administrado que en determinado momento fue acreedor a un acto administrativo que le genere derechos favorables. Sin embargo, frente a estos beneficios está el perjuicio al resto de ciudadanos, siendo importante el acerbo probatorio judicial para aceptar o no el libelo de demanda.

En el proceso judicial las partes tienen el **Derecho a exponer sus argumentos**, siendo, la forma de expresar sus razones antes y después de la emisión del acto administrativo previo de declaratoria de lesividad, incluye el derecho a la publicidad del procedimiento; y, proceso; y, leal conocimiento de las actuaciones administrativas y jurisdiccionales, por último el derecho a hacerse patrocinar y representar profesionalmente.

Derecho a ofrecer y producir pruebas:

“Corresponde a los órganos que intervienen en el procedimiento administrativo realizar las diligencias tendientes a la averiguación de los hechos que fundamentan la decisión, sin perjuicio del derecho de los interesados a ofrecer y producir las pruebas que sean pertinentes. Por ello, este derecho comprende:

-Derecho a que toda prueba razonablemente propuesta sea producida.

-Derecho a que la producción de la prueba se realice antes que se adopte la decisión.

-Derecho a controlar la producción de la prueba sustanciada por la Administración.

El derecho a probar se entiende hoy como el poder que viene atribuido a las partes o terceros interesados, que intervienen en un procedimiento, de aportar todos los instrumentos de que dispongan y que sean relevantes para el conocimiento de los hechos alegados y de obtener una decisión acerca de su eficacia para reconstrucción de tales hechos en el acto administrativo. La prueba es objeto de un derecho subjetivo que integra el plexo con que se compone el derecho de accionar que el orden jurídico atribuye a todo sujeto que es titular de un interés jurídicamente relevante necesitado de satisfacción por la vía judicial. La calidad de derecho, por oposición a facultad y a poder, proviene de su contenido”.

Las partes procesales tienen derecho de presentar las pruebas que consideran necesarias, no pueden presentar pruebas falsas o contrarias a la verdad, por el principio de lealtad procesal. Por otro lado, deben colaborar con la justicia en los testimonios que brinden, así como preocuparse de verificar la autenticidad de los documentos que presenten.

Como principios procesales de valoración de la prueba el COGEP indica:

“Art. 158.-Finalidad de la prueba. La prueba tiene por finalidad llevar a la o al juzgador al convencimiento de los hechos y circunstancias controvertidos”.

“(...) Art. 159.-Oportunidad. La prueba documental con que cuenten las partes o cuya obtención fue posible se adjuntará a la demanda, contestación a la demanda, reconvención y contestación a la reconvención, salvo disposición en contrario... ..La práctica de la prueba será de manera oral en la audiencia de juicio o en la segunda fase de la audiencia única. Para

demostrar los hechos en controversia las partes podrán utilizar cualquier tipo de prueba que no violente el debido proceso ni la ley (...)”.

“Art. 164.-Valoración de la prueba. Para que las pruebas sean apreciadas por la o el juzgador deberán solicitarse, practicarse e incorporarse dentro de los términos señalados en este Código. La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dejando a salvo las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. La o el juzgador tendrá obligación de expresar en su resolución, la valoración de todas las pruebas que le hayan servido para justificar su decisión”.

“Art. 169.-Carga de la prueba. Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación. La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada... ...En los procesos contencioso tributario y contencioso administrativo, cuando el administrado entregue copias simples, como prueba a su favor, la administración cumplirá con remitir las actuaciones en la forma prevista en el Art. 309 de este Código, para que la o el juzgador valore la prueba documental en su conjunto”.

En el proceso judicial, de acción de lesividad es necesario hacer las siguientes puntualizaciones sobre los medios de prueba.

Frente a un caso de acción de lesividad, es claro que, la prueba madre va a ser el expediente administrativo de acción de lesividad, aquí reposa toda la documentación, la misma que será analizada por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y corroborar si el acto es legal o no.

Sobre la prueba documental el COGEP dispone:

“Art. 199.-Indivisibilidad de la prueba documental. La prueba que resulte de los documentos públicos y privados es indivisible, en consecuencia, no se podrá aceptar en una parte y rechazar en otra y comprende aun lo meramente enunciativo, siempre que tenga relación directa con lo dispositivo del acto o contrato”.

Con base en este artículo, existe como regla procesal la valoración en conjunto del medio de prueba documental, expediente. De este medio de prueba se podrá verificar o no, la afectación al interés público por medio del acto administrativo que se pretende sea declarado lesivo.

“Art. 208.-Alcance probatorio. El instrumento público hace fe, aun contra terceros, de su otorgamiento, fecha y declaraciones que en ellos haga la o el servidor público que los autoriza, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho las o los interesados. En esta parte no hace fe sino contra las o los declarantes. Las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento hacen prueba con respecto a las o los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos, a título universal o singular”.

Es indudable que el procedimiento administrativo previo de declaratoria de lesividad en sede administrativa, tiene la condición de instrumento público. En el expediente se pudo aportar pruebas periciales, testimonios, llevar a cabo una inspección ocular, medios de prueba que en la sede judicial tienen la condición de prueba documental.

Así también es necesario precisar que, en el medio de prueba testimonial, la declaración de parte de un funcionario público no es posible. Frente a esta necesidad se puede solicitar un informe bajo juramento de la autoridad, conforme lo dice el artículo 310 del COGEP: *“Art. 310.-Medios de prueba aplicables. Para las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos”.*

Los jueces contenciosos administrativos, en ejercicio de sus plenas jurisdicciones tienen la plena potestad y facultad de ordenar prueba para mejor resolver de oficio,

es decir, requerir el mecanismo idóneo y eficaz, para corroborar o no la afectación al interés público.

“Art. 168.-Prueba para mejor resolver. La o el juzgador podrá, excepcionalmente, ordenar de oficio y dejando expresa constancia de las razones de su decisión, la práctica de la prueba que juzgue necesaria para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Por este motivo, la audiencia se podrá suspender hasta por el término de quince días”.

De la experiencia profesional y académica puedo sostener en esta investigación que, en el proceso contencioso administrativo en general, y en específico, en la acción de lesividad no es común que las partes procesales requieran los medios de prueba: pericial e inspección judicial.

5. Formas de indemnización a favor del administrado Por la revocatoria del acto favorable

En palabras del Dr. Félix M. Aliaga Díaz la indemnización comprende el daño directo e inmediato y las demás consecuencias que se deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral. El daño alegado tiene que ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a un administrado o grupo de ellos.

En la acción de lesividad, es relevante la obligatoriedad o no, de indemnizar al administrado beneficiario del acto administrativo, siendo talvez este nudo critico la causa para que la autoridad pública sea reacia a utilizar esta figura jurídica.

Joaquin Escriche, en su diccionario razonado de legislación y jurisprudencia sobre la indemnización sostiene “El resarcimiento de los daños causados. La indemnización debe tomarse de la hacienda del que ha causado el daño; pero si este carece de bienes, ¿habrá de quedarse sin satisfacción el perjudicado? Así es como sucede. Mas son muy notables las reflexiones que hace Bentham sobre este punto: Seria, dice, un gran bien que en semejante caso quedase la indemnización á cargo del Tesoro público, porque la seguridad de todos está interesada en ello, y por que una pérdida pecuniaria, dividida en la totalidad de los individuos, seria nada para cada uno de ellos en comparación de lo que es para uno solo”.

Ahora bien, para concatenar la idea de la indemnización en una acción de lesividad es oportuno indicar que se tomara en cuenta la buena o mala fe que tuvo el administrado.

En el primer supuesto, si el acto administrativo contrario al interés público es una consecuencia del error exclusivo de la administración pública, por moral administrativa se debe indemnizar por la declaratoria de lesividad del acto, es pertinente indicar que la indemnización no tiene que ser establecida únicamente en dinero, esta se establecerá según el caso en concreto.

Por el contrario, si el administrado conocía que el resultado de su requerimiento o petición constituía la emisión de un acto administrativo irregular, que afecta al interés general, pero que le beneficiaría, cuando la administración pública en ejercicio de la autotutela, implementa la acción de lesividad y anula el acto lesivo, la administración pública no se encuentra en la obligación de indemnizar.

El Código Orgánico Administrativo reconoce el principio de seguridad jurídica y confianza legítima, bajo la obligatoriedad de emitir formas de manifestación de voluntad, bajo los preceptos de certeza y previsibilidad. Pero de igual manera es enfática en reconocer lo siguiente: *“Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima... ..Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada”*.

En conclusión, se debe eliminar el tabú respecto de la indemnización, mediante el desarrollo investigativo y normativo de la teoría de la indemnización, las formas de indemnizar, cuando se debe indemnizar, entre otros, en la acción de lesividad.

Conclusiones:

A modo de conclusión la acción de lesividad es una figura jurídica importante, porque va evidenciar la facultad de la administración pública, que en ejercicio de autotutela administrativa actúe con un fin y en respeto del ordenamiento jurídico. La vía administrativa y judicial cumple un papel importante para solventar una equivocación o acción errada que con el paso del tiempo podría llegar a ser más perjudicial para el administrado como para la administración en su enfoque al interés público.

Cuando el acto administrativo fue generado, sin ser bien analizado, se va a generar un acto favorable para el administrado y que adicionalmente causa daño al interés público. Por esta razón, la administración deberá seguir un debido procedimiento, el mismo que se exterioriza en un expediente administrativo, que contribuye a la máxima autoridad a declarar lesivo el acto administrativo.

Desde este momento, el objetivo de la administración pública es que se declare nulo el acto administrativo, pero como ya no puede ser revocado dentro esa vía administrativa, se deberá acudir a la vía judicial con el mismo objetivo de declararlo nulo porque es un acto viciado, que carece de legalidad.

También, en esta investigación se ha establecido un flujograma respecto del procedimiento a seguir en vía administrativa, para que sirva de guía para cualquier funcionario público que deba aplicar la acción de lesividad con mayor conocimiento de causa. Esta investigación está respaldada por varios profesionales del derecho como: investigadores, profesores, jueces; y, funcionarios públicos, quienes desde su experiencia profesional coadyuban al entendimiento de esta figura jurídica.

Es decir, profesionales concedores de las áreas del derecho administrativo y la acción de lesividad en el día a día concatenan las ideas plasmadas buscando clarificar una acción que puede llegar a ser útil para el Estado y los administrados.

Recomendaciones:

Como recomendación, una vez concluida la investigación puedo permitirme sostener que esta acción de lesividad tendría que ser estudiada a profundidad para ser aplicada en vía administrativa como en vía judicial, como un mecanismo idóneo de autotutela administrativa.

Se debería controlar que la administración cumpla con un debido procedimiento, el mismo que deberá constar en un expediente administrativo completo en donde se justifique que la declaración de la máxima autoridad es lesiva para el interés público.

Por otro lado, en la vía judicial, identificar que el proceso contencioso administrativo es promovido por el Estado como actor, lo que faculta al ciudadano demandado el allanamiento. Además, que el proceso judicial puede terminar por la forma irregular de conciliación en cualquier momento del trámite, la misma que podría evitar una indemnización desmesurada.

Bibliografía

(s.f.).

Aguilar, J. P. (2021). *Apuntes de Derecho Administrativo*. Quito: Jurídica del Ecuador.

Aguilar, R. R. (2017). *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación Editora Nacional.

- Aguilar, R. R. (2017). *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Anaya, D. A. (2016). *Manual de Derecho Administrativo*. Lima: Rodhas sac.
- Asanza, F. (2018). *Código Orgánico Administrativo Comentado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bermeo, D. E. (Jueves 15 de Septiembre de 2022). Analisis y aplicación de la acción de lesividad dentro de la administración pública. (A. P. Montenegro, Entrevistador)
- Cassagne, J. C. (2010). *Derecho Administrativo*. Lima: Palestra Editores.
- Castañeda, P. (2021). *Apuntes de Derecho Administrativo COA*. Quito: ONI GRUPO EDITORIAL.
- Cely, D. F. (Viernes 16 de Septiembre de 2022). Analisis y aplicación de la acción de lesividad dentro de la administración pública. (A. P. Montenegro, Entrevistador)
- Comadira, D. F. (Lunes 26 de Septiembre de 2022). Analisis y aplicación de la acción de lesividad dentro de la administración pública. (A. P. Montenegro, Entrevistador)
- Comadira, F. G. (2019). *La acción de lesividad*. Buenos Aires: Astrea SRL.
- Delgado, D. C. (Lunes 05 de Septiembre de 2022). Analisis y aplicación de la acción de lesividad dentro de la administración pública. (A. P. Montenegro, Entrevistador)
- Díaz, F. M. (2021). *Manual de derecho administrativo y procesal administrativo*. Lima - Perú: Juridica Legales Perú.
- Dromi, R. (2013). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina .
- Dromi, R. (2014). *Derecho Administrativo* . Buenos Aires: ciudad argentina .
- Durango, P. A. (2004). *Curso breve de derecho administrativo*. Quito: Editorial Universitaria.
- Ecuador, A. N. (2008). *Constitucion de la Republica del Ecuador*.
- Ecuador, A. N. (2015). *Codigo General de Procesos*.
- Ecuador, A. N. (2017). *Código Orgánico Administrativo*.
- Escriche, J. (1986). *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* . Quito: Fondo de Cultura Ecuatoriana.

- Fernandez, G. d. (2014). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civias Ediciones.
- Fernando Andrade, R. C. (1997). *Diccionario Juridico Anbar*. Cuenca: Fondo de cultura ecuatoriana.
- Gamboa, J. O. (2017). *Compendio de derecho administrativo*. Colombia: Universidad Externado.
- Jaramillo, C. B. (2014). *Derecho Procesal Administrativo*. Medellin: Libreria Señal Editora.
- Jaramillo, H. J. (2014). *La justicia administrativa*. Loja: Offset Grafimundo.
- Jimenez, D. P. (Martes 06 de Septiembre de 2022). Analisis y aplicación de la acción de lesividad dentro de la administración pública. (A. P. Montenegro, Entrevistador)
- Nacional, A. (2017). Código Orgánico Administrativo. Quito: Lexis Finder.
- Ochoa, D. G. (Lunes 26 de Septiembre de 2022). Analisis y aplicación de la acción de lesividad dentro de la administración pública. (A. P. Montenegro, Entrevistador)
- Parada, R. (2012). *Derecho Administrativo I*. Barcelona: jurídicas y sociales S.A.
- Pérez, E. (2021). *El Acto Administrativo*. Quito: Editorial-CEP.
- Terán, D. J. (Viernes, 23 de Septiembre de 2022). Analisis y aplicación de la acción de lesividad dentro de la administración pública. (A. P. Montenegro, Entrevistador)
- Yánes, J. M. (2003). *Hacia un Estado social de derecho y autonomías*. Quito: Pudeleco Editores S.A.
- Yanez, J. M. (2014). *Módulo de Derecho Administrativo*. Cuenca: Gráficas Hernandez.