



UNIVERSIDAD LAICA" ELOY ALFARO DE MANABÍ"

FACULTAD DE DERECHO

**TRABAJO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TITULO DE ABOGADO DE LOS JUZGADOS Y TRIBUNALES DE
LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

TEMA:

**"LA ACCION DE LESIVIDAD EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO"**

AUTOR:

DENNYS JAIR MACIAS CONCHA

TUTOR:

AB. FRANCI FRANCO PEREZ

MANTA- MANABÍ - ECUADOR

2016 (2)

DECLARACIÓN DE AUTORIA

Yo **DENNYS JAIR MACIAS CONCHA**, declaro ser el autor del presente trabajo de titulación y todos los efectos legales y académicos que se desprendieren del mismo son de mi absoluta responsabilidad.

Por medio del presente documento cedo mis derechos de autor así como el contenido, ideas, resultados, conclusiones y recomendaciones aquí presentados a la Universidad Laica “Eloy Alfaro” De Manabí, para que pueda hacer uso del texto **“LA ACCION DE LESIVIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO”**, con fines académicos y/o de investigación.

Dennys Jair Macías Concha

DEDICATORIA

El presente trabajo se lo dedico a mis padres, a mis hermanos, a mi esposa y a mi hija al amor de mi vida, los que me han brindado su apoyo de una u otra manera a lo largo de mi carrera universitaria.

A todas y todos aquellas personas que han formado parte de mi formación académica como docentes, personal administrativo y de servicio de esta facultad.

Dennys Jair Macías Concha

RECONOCIMIENTO

A la Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí por el gran desempeño académico que brinda a nuestra juventud.

A mi querida Facultad de Derecho el mayor de mis reconocimientos por su destacada labor, a los docentes quienes con mucha dedicación han logrado proveerme de grandes conocimientos.

A mi Director de Investigación, Ab. Franci Franco Pérez, quien siempre estuvo dispuesto a colaborar de manera desprendida para el correcto desarrollo de este trabajo ya que sin su infinita ayuda hoy no fuera posible alcanzar esta meta.

Dennys Jair Macías Concha

ÍNDICE DE CONTENIDOS

	Pág.
DECLARACIÓN DE AUTORIA.....	I
DEDICATORIA.....	II
RECONOCIMIENTO.....	III
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	IV
INTRODUCCIÓN.....	01
CAPÍTULO I	
ELABORACIÓN DEL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN.....	03
1. NOCIONES	
GENERALES.....	04
1.1. NATURALEZA	04
1.2. ANTECEDENTES	05
1.3. LA AUTO TUTELA COMO PRINCIPIO FUNDAMENTAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO	08
1.4. LA CAUSALIDAD	11
CAPITULO II	
LESIVIDAD.....	13
2.1 CONCEPTO	14
2.2 LA LESIVIDAD EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	15
2.3 FUNDAMENTOS LEGALES DE LA LESIVIDAD.....	17
2.4 LA DECLARATORIA PREVIA DE LA LESIVIDAD.....	20
2.5 REQUISITOS DE LA LESIVIDAD	22
2.6 LA DECLARACION DE LESIVIDAD	24

2.7 LA ACCION DE LESIVIDAD Y EL CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS.....	25
--	----

CAPITULO III

REVOCATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.....	28
--	-----------

3.1 ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE AFECTAN AL ADMINISTRADO.....	29
--	----

3.2 ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE OTORGAN DERECHOS SUBJETIVOS AL ADMINISTRADO.....	30
--	----

3.3 DECLARATORIA ADMINISTRATIVA DE LESIVIDAD.....	32
---	----

3.4 RECURSO DE LESIVIDAD POR PARTE DE LA ADMINISTRACION.....	35
--	----

3.5 PROCEDIMIENTO DE LESIVIDAD.....	36
-------------------------------------	----

3.6 CASOS PRACTICOS DE LESIVIDAD.....	44
---------------------------------------	----

CONCLUSIONES.....	55
-------------------	----

RECOMENDACIONES.....	56
----------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	57
-------------------	----

INTRODUCCIÓN

Los ecuatorianos, no tenemos conocimiento de cuáles son los recursos que tenemos como ciudadanos, frente a los abusos del poder de la administración pública, ni los servidores públicos que ejercen la titularidad de dichos organismos o sus autoridades nominadoras; por lo que, el objetivo de ésta investigación es dar a conocer sobre las formas que tenemos para apelar las decisiones de la Administración Pública y además cuál de éstas debería ser de oficio, acción que la propia Administración debería ejercer ante el cometimiento de un error por parte de sus servidores o funcionarios; quienes en el mejor de los eventos los revocan sin observar el debido proceso que se requiere para su procedencia y admisibilidad, lo cual provoca su nulidad por falta de competencia, generando problemas jurídicos en la que el Estado a través de sus instituciones es responsable en la indemnización económica que conlleva los daños provocados por los mismos.

La doctrina considera que las soluciones ante los abusos del poder por parte de la administración pública pueden ser iniciados de oficio por la propia administración; sin embargo, en la práctica, por lo menos en nuestro país, cuando existe abuso de autoridad o errores cometidos por la administración pública, es decir de cualquier de los funcionarios públicos que la componen, generalmente es el administrado quien tiene que iniciar la acción en contra de dicha administración.

Cuando la administración pública autora de un acto administrativo quiera anularlo, es preciso que demande dicha anulación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, pero previamente a interponer la demanda, debe

declararlo lesivo a los intereses públicos de carácter económico o de otra naturaleza, en el plazo de tres años, contados desde la fecha en que hubiera sido dictado; y, para que proceda esta declaración de Lesividad debe tratarse de actos que no sean nulos de pleno derecho, pues en este caso, la administración debe declarar, dicha nulidad, en cualquier momento.

Este trabajo de investigación comprende cuatro capítulos, en el Primer Capítulo encontramos las nociones generales, naturaleza, los antecedentes, la autotutela como principio fundamental en el Derecho Administrativo y la casualidad.

En el Segundo Capítulo denominado, el concepto de lesividad, la lesividad en la Legislación Ecuatoriana, los fundamentos legales de la Lesividad, la declaración previa de Lesividad, los requisitos de la Lesividad, y la Acción de Lesividad en el Código Orgánico General de Procesos.

Finalmente encontramos las conclusiones y recomendaciones, en ella precisamos que en el Ecuador esta acción es prácticamente inaplicable, puesto que son muy pocos los casos en los cuales tanto la doctrina como la jurisprudencia evidencian que la propia administración pública corrija de oficio sus propios errores, por lo que, es importante que exista un Código de Procedimiento Administrativo, que establezca el procedimiento y el término respectivo para interponer la Acción de Lesividad.

CAPÍTULO I

ELABORACION DEL MARCO TEORICO DE

LA INVESTIGACION

1. Nociones generales

1.1. Naturaleza.

La jurisdicción contencioso administrativa tiene su origen en el derecho administrativo, la misma debe conocer las pretensiones fundamentales en derecho administrativo, salvo que se relacionen con los actos administrativos y se atribuyan por una ley a una jurisdicción distinta a la administrativa.

La Ley atribuye esta jurisdicción al Tribunal de lo Contencioso Administrativo y la misión muy importante de controlar la juridicidad de los actos de la administración pública. Esta jurisdicción nace como medio de control para que los administrados se defiendan en contra de los actos y resoluciones de la administración y excepcionalmente para que la administración pueda dejar sin efectos sus propias resoluciones, a través de la declaratoria de lesividad de sus propios actos, la solución se puede franquear a través de dos vías: en sede administrativa y en sede judicial.

La jurisdicción contencioso-administrativa, es una jurisdicción especial, aun cuando, en ocasiones parece haberse puesto en tela de juicio el carácter especial de la jurisdicción contencioso administrativa, la mayoría de las doctrinas no dudan al afirmar tal característica de esta jurisdicción aunque la afirmación no tiene un valor puramente doctrinal, por el contrario tiene una trascendencia práctica indudable.

El Dr. Alfredo Mora Guzmán en su obra: "Estudio Comparativo entre los recursos subjetivo, objetivo y la Acción de Lesividad en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Ecuador", señala, que la acción de

lesividad como tal tiene origen en Europa en el derecho español, es así que en el año de 1853, la corona española dictó el Real Decreto de Hacienda, mediante el cual se establece que: *“en los negocios en que versen recíprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares causarán estado las resoluciones que en mi nombre adopte el ministerio de Hacienda y sean revocables por la vía contenciosa a la que podrán recurrir ellos, tanto el gobierno como los particulares si creyeren perjudicados sus derechos.”* En el mismo se establecía que el plazo para acudir a la vía contenciosa administrativa era de seis meses contados a partir de que el gobierno entendiera que la resolución le causó perjuicio y ordenó la revocación¹¹.

En el derecho español, es un acto administrativo por el que una entidad pública considera dañino para los intereses públicos, un acto previamente dictado por ella misma, que es desfavorable a los interesados, con el fin de poder solicitar su anulación ante la justicia.

1.2. Antecedentes.

Un Estado social y democrático de Derecho se caracteriza por la intervención creciente de las autoridades en las actividades económicas, políticas, sociales y culturales del gobernado, cuyo objetivo esencial es coordinar y armonizar los intereses de una comunidad pluralista, por lo que, la administración pública se ha transformado de manera paulatina pero irreversible, en una entidad cada vez más extensa y compleja.

¹ MORA GUZMÁN, Alfredo. Estudio Comparativo entre los recursos subjetivo, objetivo y la acción de lesividad en la Jurisdicción Contencioso Administrativo en el Ecuador. Editorial Jurídica. 2010.

Debido al crecimiento de la actividad administrativa del Estado Ecuatoriano, es preciso reforzar la protección de los particulares para que puedan defender sus derechos e intereses y evitar su avasallamiento frente a la administración pública. Existen instrumentos tutelares de carácter político y social, considerándose que los más importantes se encuentran comprendidos dentro del ámbito de la justicia administrativa.

El doctor Nelson López en su obra “El Procedimiento Previo a la Destitución de los Empleados Públicos” hace referencia a los antecedentes al Derecho Contencioso Administrativo y señala: “En el Ecuador, el control constitucional y el control de la legalidad estuvieron confiados a los organismos autónomos desde la Constitución de 1906 con diferentes nombres: El Consejo de Estado, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La Constitución Política del Ecuador de 1946 en su artículo 146 se refiere a las atribuciones y deberes del Consejo de Estado (creado en la Constitución de 1906), el numeral 8, dice: “Conocer y decidir de las cuestiones contencioso administrativas”.

Teniendo el Consejo de Estado como finalidad actuar no solo como órgano que velaba por la observancia de la Constitución y las leyes, sino también de actuar en condición de Tribunal Contencioso Administrativo, incluida la función de Contencioso Tributario.

En el Registro Oficial N. 40 de 19 de Octubre de 1948 se publicó el Reglamento de lo Contencioso Administrativo expedido por el Consejo de Estado, siendo el literal f), aquel que especificaba la labor de dicho cuerpo

colegiado, el mismo señalaba: f) “La constancia de que el contencioso administrativo tiene por objeto revisar en sede jurisdiccional el acto administrativo, verificar su legalidad y mantener o modificar sus efectos”.

La Asamblea Nacional Constituyente de 1967 solucionó el problema con la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en todo el país. En 1992 mediante Ley N. 20 reformativa de la Constitución Política del Estado, publicada en el Suplemento N. 93 del Registro Oficial de 23 de Diciembre de 1992 suprime expresamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero al mismo tiempo crea en su disposición novena los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo, con el objeto de modernizar y descentralizar la administración de justicia, con tribunales que pertenecen a la Función Judicial pero de carácter especializado por la competencia privativa que sobre el control de legalidad que le otorgaba la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expedida en el Registro Oficial N. 338 de 18 de Marzo de 1968.

COGEP

Esta limitación, se constituye en un instrumento del que se vale el derecho administrativo para garantizar la estabilidad de los actos administrativos, constituyéndose en una característica fundamental de la misma y de la seguridad jurídica de nuestro ordenamiento jurídico.

1.3. La auto tutela como principio fundamental en el derecho administrativo

La autotutela es el principio fundamental en el derecho administrativo, en virtud del cual la administración está facultada para declarar y ejecutar su derecho sin necesidad de acudir ante la Función Judicial; la Administración, dicen García de Enterría y Fernández, está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial².

Una de las instituciones que contribuye a darnos una idea más justa de la posición real de la Administración y de sus poderes es la de la autotutela; a través de ella se observa cuáles son esos poderes que hacen que la Administración sea capaz de actuar y de imponer su voluntad e incluso de ejecutarla sin necesidad de acudir a los jueces y tribunales para imponer sus decisiones.

Los privilegios que la auto tutela comporta para la Administración están basados en la Ley que los consagra. En ese sentido la auto tutela se funda en la legalidad como no podía ser de otra manera.

El principio de legalidad y el principio de auto tutela, son principios o instituciones que contemplan la realidad del ordenamiento administrativo desde perspectivas diferentes; el primero lo contempla el modo cómo la Administración se somete al Derecho; el segundo contempla el modo cómo la Administración se relaciona con la justicia y los ciudadanos

² Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana. Juan Pablo Aguilar Andrade.

José Luis Piñar en su obra de Derecho Administrativo señala: “El hecho de que la Administración se beneficie de la auto tutela no significa que su actuación no esté sujeta, al control de los Tribunales. Significa sólo que las normas y actos administrativos se presumen legítimos y por tanto son, por eso mismo ejecutivos y susceptibles de ejecución forzosa. Ahora bien ello no excluye que a la postre haya de ser el Poder Judicial quien tenga la última palabra sobre sí, en efecto, la actuación administrativa se ajusta a Derecho.”³

Teniendo la Administración una ventaja posicional, en el sentido de que coloca a los ciudadanos en la posición de ser los recurrentes ante los Tribunales contra sus decisiones y normas que se presumen legítimas. Como es evidente la posición de demandado es siempre más cómoda, aparte de otorgarle la ventaja de que, si no hay impugnación ante los Tribunales, sus actos devienen firmes, en principio, inatacables.

La auto tutela de la Administración sujeta a Derecho Administrativo, no la ejerce en defensa de intereses propios, sino en defensa de los intereses generales. Cuando ejercen sus potestades de auto tutela no está aprovechándose de las mismas para ser juez y parte en defensa de sus intereses particulares o privados, sino que lo hace al servicio siempre de intereses ajenos, que no son otros que los intereses generales a los que siempre ha de servir la Administración Pública.

García de Enterría y Fernández Rodríguez, señalan: “puede también llamarse de paz jurídica, y que de un modo muy simple puede esquematizarse como sigue. Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a

³ Autotutela. PIÑAR, José Luis. Derecho Administrativo. Ediciones Espasa. Madrid España 2010.

otro la situación de hecho existente (statu quo) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que debe impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria. La primera carga de sometimiento a un Tribunal es la carga de juicio declarativo; la segunda, la de un juicio ejecutivo. Pues bien, la situación de la Administración, comparada con la de los ciudadanos, es justamente la contraria, puesto que, como hemos dicho, no precisa del concurso de la autoridad judicial para alterar las situaciones de hecho existentes, ni para imponerlas; así, podríamos distinguir dos tipos de autotutela: la declarativa, consistente en el privilegio de la Administración de emitir decisiones (actos) capaces de crear, modificar o extinguir derechos y deberes de los administrados sin el concurso de los Tribunales y sin el consentimiento de los destinatarios; y la ejecutiva, por la cual estas decisiones pueden ser impuestas por la administración, incluso coactivamente (ejecución forzosa), sin precisar la aprobación judicial ni el consentimiento de los destinatarios. La auto tutela tiene sus límites, derivados del respeto a los derechos

fundamentales, como por ejemplo, la necesaria autorización judicial de entrada en el domicilio para ejecutar decisiones administrativas, que corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo, así como los supuestos de suspensión de la ejecución de los actos en vía recurso administrativo o contencioso- administrativo.⁴

1.4. La causalidad

La causalidad se da en el plano natural o de la realidad, como conexión de los acontecimientos, o en el mundo de las ideas, como doctrina que afirma la validez universal de esta clase de conexión.

Es importante conocer que una acción antijurídica no es punible si no media entre el hecho imputable y el daño una relación o nexo de causalidad; el daño es el efecto del obrar antijurídico imputable que reviste, en consecuencia, el carácter de causa. De lo expuesto, podemos decir que la causalidad nos da un presupuesto de la responsabilidad civil. Por lo que resulta importante diferenciar, que el principio según el cual a toda causa le sigue un resultado se llama principio de causalidad y al nexo que une dicha causa con el resultado se llama relación de causalidad. Dentro de la causalidad es importante mencionar el término de error, por lo que diremos que este puede ser por ignorancia o equivocación o una falsa representación de la realidad, esto debido a que muchas personas lo alegan como parte de la ignorancia o excusa.

La relación entre el supuesto jurídico y su relación efectiva es contingente, esto significa que la existencia de la norma no determina el hecho de la realización del supuesto. El enlace entre la realización del supuesto y la

⁴ Enciclopedia Jurídica– La Autotutela Administrativa

producción de las consecuencias jurídicas, es en cambio necesario. Y el vínculo entre las consecuencias de derecho y su realización efectiva es contingente.⁵

Causalidad jurídica

“La causalidad es la relación causal "entre la conducta y resultado". Es decir que la causalidad es un medio de conexión de la conducta con el consiguiente efecto, por lo general de una lesión. En derecho penal, que se define como el tipo objetivo (una acción) de que la lesión específica u otro efecto se levantó y se combina con mens rea (un estado de ánimo) para incluir los elementos de culpabilidad. La causalidad es sólo aplicable en caso de un resultado que se ha conseguido y por lo tanto es irrelevante con respecto a formas de responsabilidad penal.

La relación existente entre el resultado y la acción, que permite afirmar que aquel ha sido producido por esta. En sentido más restringido solo se puede hablar de relación de causalidad para referirse a uno de los grupos de teorías que han tratado de explicar aquella relación, las llamadas teorías de la causalidad, teoría de la equivalencia de las condiciones o de la conditio sine qua nom (causa del resultado es toda condición que colabora en su producción y sin la cual aquel no se hubiera producido).⁶

⁵ www.iusvocatio.wordpress.com

⁶ ALBUROLA VALVERDE, Allan. Derecho Penal. Teoría de la imputación Objetiva 2009.

CAPÍTULO II

LA LESIVIDAD

2.1 Concepto

José María Díaz, nos que: “La lesividad consiste en un proceso administrativo que puede ser promovido por un particular en contra de un acto estatal, susceptible de ser impugnado en vía jurisdiccional, o que puede ser impugnado o subsanado de oficio, por parte de la administración”⁷

Por lo que, la Acción de Lesividad, es un proceso administrativo de carácter especial, cuando es entablado por la propia administración, con el fin de que no se anule o deje sin efecto un acto administrativo emanado por la propia administración, por considerarlo como un acto ilegal en contra de un particular o por considerarlo lesivo a sus propios bienes o al bien común.

Por lo que, podemos señalar que los actos impugnables en el proceso de lesividad no son los mismos que en el proceso administrativo ordinario de plena jurisdicción, ya que en este último se pueden impugnar las leyes, los decretos, las ordenanzas, los reglamentos, las resoluciones, los actos, los contratos o cualquier disposición o resolución administrativa.

Por el contrario, en la acción de lesividad solo se puede impugnar un acto administrativo irrevocable y en sede administrativa, o sea que debe tratarse de un acto administrativo estable. En otras palabras podemos señalar que por medio de la declaración administrativa de lesividad, la propia administración declara que un acto suyo anterior resulta lesivo para sus propios intereses o para los intereses generales de los administrados.

⁷ DIAZ, José María. Derecho Administrativo. TF Editores. Madrid 1999.

En Ecuador pocos tratadistas han profundizado el estudio de esta figura jurídica, existen falencias en el conocimiento de esta institución jurídica por parte de profesionales y funcionarios públicos. Por lo que resulta importante, estudiar sobre la lesividad, ya que han existido cantidad de atropellos por parte de la Administración Pública, e indefensión por parte del accionado, o viceversa, aprovechamiento inadecuado por parte de usuarios y lesiones a los intereses de la Administración Pública, esto como consecuencia del desconocimiento y vacíos legales en torno de esta figura.

Sin embargo, la acción de lesividad, se equilibra con la estabilidad de los actos administrativos, por cuanto la administración no puede revocar libremente sus decisiones sin necesidad de declararlas lesivas.

2.2 La lesividad en la legislación ecuatoriana

En Ecuador la Lesividad, se encuentra enunciada en pocos artículos de diferentes cuerpos legales que hacen una pequeña referencia, por esto nace la necesidad de realizar un estudio de esta figura, pues es común en nuestra práctica jurídica.

La abogada María Dolores Orbe, indica que la declaración de Lesividad lo que hace es permitir a la propia administración la concurrencia al órgano jurisdiccional competente, ir para discutir con el legítimo contradictor, en muchos casos él o los particulares beneficiados con el acto, el asunto de fondo, es decir la presencia de una evidente lesión al interés público, derivada del acto administrativo que la propia administración pretende cuestionar. Sin embargo más allá del concepto formal de lesividad, el objeto del presente trabajo va más allá de establecer definiciones

doctrinarias, pues busca determinar la coherencia del derecho positivo ecuatoriano o su falencia respecto a esta problemática; esto, para en base a este análisis científico proponer una reforma legal que permita regular y reglamentar de manera específica el procedimiento judicial de la lesividad, con el fin de salvaguardar de mejor manera los derechos de los administrados y el interés de la administración.

Antes de la promulgación del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, no existían disposiciones expresas que impusieran la necesidad de recurrir a la acción de lesividad para revocar actos administrativos. El Código Orgánico General de Procesos, en el Art. 326, numeral 3) nos hace referencia a las acciones que se pueden tramitar en el procedimiento administrativo, así tenemos: “La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público”. Además, esta norma establece el término en el que se debe plantear este tipo de procedimiento.

De acuerdo a lo que establece el Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, en su artículo 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 competente.

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

Ministro competente.

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.”⁸

2.3 Fundamentos legales de la lesividad.

Respecto del proceso contencioso administrativo nuestro ordenamiento jurídico establece los siguientes preceptos fundamentales, en razón de los principios de legalidad, constitucionalidad, de autotutela administrativa y tutela jurisdiccional final.

Constitución de la República del Ecuador

La Constitución de la República del Ecuador en sus artículos 173 y 233 establece que, los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; y menciona que todos los servidores públicos son responsables administrativa, civil y penalmente por sus acciones y omisiones y serán responsables por el manejo y administración de recursos públicos.

Se introduce la posibilidad de impugnar en sede judicial los actos administrativos los cuales constituyen la primordial forma de declaración administrativa, más no la única. Dentro del ámbito de la administración pública, existen los actos de administración, reglamentos administrativos, contratos administrativos, y que todas estas formas de manifestación

⁸ Legislación de las Funciones del Estado. Estatuto de la Función Ejecutiva. Editorial GAB Quito 2010.

administrativa son justiciables; por lo que considero que la norma legal debería expresar que todas las actividades ilegítimas de autoridad pública no judicial podrán ser impugnadas tanto en vía administrativa como judicial.⁹

Código Orgánico de la Función Judicial

El Código Orgánico de la Función Judicial es claro respecto del principio de impugnabilidad de los actos administrativos al mencionar en su artículo 31, que “las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconozcan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional”¹⁰. Este precepto legal dispone claramente y otorga la posibilidad que todas las resoluciones dictadas por autoridades no judiciales dentro de un procedimiento que vulneren derechos pueden ser impugnadas en sede judicial, con ello damos paso al proceso contencioso administrativo que está orientado a proteger los derechos de los administrados, de esta manera se activa la jurisdicción contenciosa.

Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva

El artículo 64, reconoce como formas de expresión de la voluntad pública; a los actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y reglamentos, posteriormente los

⁹ Constitución de la República del Ecuador. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito 2012

¹⁰ Código Orgánico de la Función Judicial. Editorial Jurídica del Ecuador. Quito 2012

artículos 69, 74, 77, 79, y 83 pertinentes a su contenido, se refieren a la potestad legal que tienen las personas que se crean afectadas a impugnar todas estas actividades administrativas, sea por sede administrativa o judicial.¹¹

Se debe señalar que, el procedimiento administrativo y el proceso contencioso administrativo son dos figuras distintas, no tienen relación de dependencia y subordinación entre sí, el recurso contencioso administrativo es de instancia jurisdiccional y responde a los poderes de la sede judicial.

El proceso contencioso administrativo no es una especie de segunda instancia, es decir no procede necesariamente luego de haber agotado la vía administrativa; ya que este proceso se activa una vez propuesta la demanda con el objeto de resolver una controversia de acuerdo a derecho.

Código Orgánico General de Procesos

El COGEP, nos indica en el Art. 303, quienes pueden interponer las acciones contencioso administrativo, tales como las personas naturales o jurídicas , y que estas procede por razones de legalidad

De conformidad al Art. 326 del COGEP, la acción contencioso administrativo que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trate, se remite al recurso de plena jurisdicción o subjetivo y, al tratarse de la tutela del cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, se remite al recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder y puede proponerse por quien

¹¹ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Editorial GAB. Quito 2010.

tenga interés directo para deducirlo, solicitando al Tribunal la anulación del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.¹²

2.4 La declaratoria previa de la lesividad.

La jurisdicción facultativa no significa que la autoridad administrativa puede obrar a su arbitrio, todo lo contrario, si bien ésta tiene un margen de libertad para actuar, este debe regirse a lo que el Legislador ha determinado en la Ley, y como la connotación de la declaratoria de lesividad por ser contraria al interés público, se debe señalar que es una facultad que sí bien la tiene la autoridad, ésta se ve limitada por la Ley y por el tiempo, pues toda facultad de la cual no se usa a tiempo, simplemente caduca, y por ende la oportunidad de proceder a declarar la lesividad en sede administrativa, como requisito para proceder a impugnar ésta declaración en sede judicial.

Según el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que rige solo para las instituciones públicas que forman parte de la Administración pública central, la lesividad se define y se regula en términos del artículo 97, de ésta manera:

“Art. 97.- Lesividad.- La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente.¹³

La lesividad debe 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

¹² Código Orgánico General de Procesos, Ley 0 Registro Oficial Suplemento No. 506, 22 de mayo de 2015.

¹³ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Editorial GAB. Quito 2010.

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

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

La declaración de lesividad es un procedimiento previo a la revisión propiamente dicha, que se producirá en vía contencioso administrativa. Así, la declaración de lesividad opera como trámite necesario para que la Administración pueda obtener del órgano judicial competente la anulación de los actos administrativos y resoluciones favorables o declarativas de derechos incluidos los que reconocen intereses legítimos. La declaración de lesividad no implica la anulación del acto que se considera lesivo; dicho pronunciamiento anulatorio corresponde adoptarlo a la Sala de lo Contencioso Administrativo, en la sentencia correspondiente; y, por supuesto, en la hipótesis de que admita las pretensiones de la Administración recurrente.

2.5 Requisitos de la lesividad

Los actos administrativos que las Administraciones Públicas dicten, ya sea de oficio o a instancia del interesado, se originarán por el órgano competente ajustándose al procedimiento ya establecido.

El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos.

Motivación

Serán motivados, con referencia de hechos y fundamentos de derecho:

- a) Los actos que limiten derechos subjetivos.
- b) Los que resuelvan procedimientos de revisión, de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje.
- c) Los que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos.
- d) Los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales siguientes:

En los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de Ley.

Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores.

- e) Los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia o de

ampliación de plazos.

- f) Los que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

La motivación de los actos que pongan fin a los procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva se realizará de conformidad con lo que establecen las normas que regulen sus convocatorias, debiendo en todo caso quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte.

Forma

Los actos administrativos deben ser por escrito a menos que su naturaleza permita otra forma más adecuada de expresión y constancia.

En los casos en que la administración ejerza su competencia de forma verbal, la constancia escrita del acto, se efectuará y firmará por el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo la autoridad de la que procede. Si se tratara de resoluciones, el titular de la competencia deberá autorizar una relación de las que haya dictado de forma verbal, con expresión de su contenido.

Cuando se dicte varios actos administrativos de la misma naturaleza, tales como nombramientos, concesiones o licencias, podrán refundirse en un único acto, acordado por el órgano competente, que especificará las personas u otras circunstancias que individualicen los efectos del acto para cada interesado.

2.6 La declaración de lesividad.

La declaración de lesividad definida por la doctrina como un acto administrativo discrecional, mediante el cual la Administración declara que un acto suyo anterior generador de derechos a favor de terceros es lesivo a sus intereses, deduciéndose de ello que la Administración misma que dictó el acto asume “singular y anormalmente” la posición procesal de demandante, colocando al favorecido por el acto, que está interesado en su mantenimiento en la de demandado.

Esta declaración constituye un presupuesto procesal, indispensable, para la legitimación activa de la Administración en los supuestos en que ésta se proponga accionar contra sus propios actos declarativos de derechos.

La declaración de lesividad, puede ser de dos clases: procesal y administrativa. Desde el punto de vista procesal, la declaración de lesividad es un requisito o presupuesto del proceso que habilita a la Administración contra un acto propio. Desde el punto de vista administrativo, la declaración de lesividad es un procedimiento especial dirigido a dictar la resolución, previa constatación de la doble lesión, que permite revisar la legalidad del acto en sede contencioso administrativa.

La declaración de lesividad es la vía única, salvo la nulidad de pleno derecho y la rectificación de errores, para que la Administración pueda conseguir la anulación, en perjuicio de los interesados de actos dictados por ella misma. Pero a diferencia del anterior procedimiento, no puede hacerlo directamente, sino que se limitará a declararlos lesivos para el interés público para, posteriormente, impugnarlos en vía contenciosa,

siendo, pues, los Tribunales de justicia los que decidirán sobre su legalidad.

2.7 La Acción de Lesividad y el Código Orgánico General de Procesos.

La acción de lesividad consiste en la posibilidad que tiene la Administración Pública de demandar sus propios actos en razón a que los mismos son ilegales o van en contra del orden jurídico vigente; por lo que, así la Administración se encuentre imposibilitada para revocar o modificar los actos administrativos que crean situaciones jurídicas particulares y concretas sin el consentimiento del afectado, dicha acción le permite que en defensa del interés público y del orden jurídico y ante la existencia de actos administrativos que vulneren este último demande sus propios actos ante la jurisdicción contencioso administrativa.

La acción ejercida por la entidad de derecho público en defensa de sus propios intereses conocida en doctrina como acción de lesividad procede cuando la Administración expide un acto administrativo que le resulta perjudicial en razón de que contraviene el orden jurídico y sin embargo no puede revocarlo directamente debido a que no se reúnen los requisitos para hacerle cesar sus efectos mediante el mecanismo de la revocatoria directa, ya que no es viable obtener el consentimiento del particular; ya por que no se da alguna de las condiciones previstas para que proceda la impugnación según lo establece el Art. 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. En otras palabras, coloca a la personas en situación de indefensión y esto ocasiona sin lugar a dudas una violación al debido proceso, para que no ocurra este asalto a la buena

fe y al debido proceso se estableció la acción de lesividad.¹⁴

En nuestro ordenamiento se encuentra señalada la posibilidad de que la Administración Pública acuda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pretendiendo que se declare la nulidad de un acto administrativo, esto es, expedido por la misma persona jurídica que obra en calidad de demandante y consecuentemente se restablezca el derecho vulnerado.

Este mecanismo judicial, al cual puede recurrir la administración cuando resulte jurídicamente improcedente la revocatoria directa del acto que impugna, tiene en nuestro medio unas características específicas que lo dotan de identidad y permiten distinguirlo de otras acciones.

La Acción de Lesividad tiene como fin la protección de la legalidad y restablecimiento de un derecho que se ha visto afectado por el acto administrativo viciado de nulidad, en este orden de ideas se exige que, quien inicia dicha acción se debe creer lesionado en un derecho suyo, amparado por una norma jurídica.

Con la derogatoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la Acción de Lesividad, se encuentra regulada por el Código Orgánico General de Procesos, que establece su procedimiento señalado:

Art. 306.- Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente:

¹⁴ Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. Editorial GAB. Quito 2010.

(...) 4. La acción de lesividad podrá interponerse en el término de noventa días a partir del día siguiente a la fecha de la declaratoria de lesividad. (...)

Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones;

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

Art. 327.- Procedimiento. Todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario.

Este es el procedimiento que se debe seguir para tramitar una Acción de Lesividad en vía contenciosa.

CAPÍTULO III

REVOCATORIA DE LOS ACTOS

ADMINISTRATIVOS

3.1 Actos Administrativos que afectan al administrado

Un acto administrativo para ser revocado debe seguir un proceso determinado, así como se conoce que para la pertinente impugnación de un acto administrativo se deben aplicar ciertos procedimientos establecidos, tanto en vía administrativa, como en contencioso administrativa.

“Generalmente, se exige que se trate de actos administrativos definitivos, o sea, aquellos actos que, a diferencia de los preparatorios o de trámite, reflejan la verdadera voluntad de la administración y producen los efectos jurídicos efectivamente queridos por ésta.”

De lo antes mencionado se puede decir que, para revocar un acto, éste debe estar emitido y producir los efectos jurídicos esperados y ser vinculante para las partes, caso contrario no se trataría de un acto administrativo, y no se podría impugnar.

El acto administrativo debe funcionar a favor y no en contra del individuo contra quien se está emitiendo un determinado acto; Gordillo ha establecido algunos aspectos dentro de los cuales el acto administrativo puede conceder un derecho, y al mismo tiempo exigir el cumplimiento de un deber para el administrativo; *“Si un mismo acto por un artículo me reconoce un derecho y por un artículo distinto me impone una sanción o me crea un deber, es claro que en el segundo aspecto no puede tener estabilidad, aunque sí en el primero. Si un mismo acto hace lugar a un reclamo mío en un artículo y me rechaza otro reclamo en otro artículo, la solución es la misma; en el segundo aspecto no hay estabilidad, sí la hay en el primero. En consecuencia, la situación no varía si teniendo yo que recibir un cierto derecho, se me reconoce uno menos, es claro*

que en tales casos la estabilidad del acto no puede impedir que efectivamente me reconozcan el derecho mayor que me pertenece”.

Estableciéndose que, cuando un acto administrativo no ha reconocido un derecho, así nos esté afectando en otro aspecto, ese derecho otorgado no puede dejar de ser reconocido, y por lo tanto, debe ser ejecutado.

3.2. Actos Administrativos que otorgan derechos subjetivos al administrado.

Windscheid, citado en la obra de Edgar Moya, describió que *“el derecho subjetivo es un poder o señorío de la voluntad, reconocido por el orden jurídico.”* Como lo establece Moya, el derecho subjetivo se lo aplica en sentidos diferentes:

“En primer término, por derecho subjetivo entiéndase la facultad de exigir determinado comportamiento, positivo o negativo, de las personas o personas que se hallan frente al titular. Tal dificultad aparece cuando el orden jurídico prescribe que en determinadas circunstancias se haga u omita alguna cosa, y que pone a disposición a otro sujeto el imperativo que tiene dicho orden (...).”

Por su parte García Enterria, sostiene supuestos dentro de los cuales el administrado es titular de sus derechos, *“(...) 2. Cuando ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal, supuesto en el cual el ordenamiento, en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado de Derecho como garantía de la libertad, le apodera con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses (...).”*

Un acto administrativo es emitido con el afán de crear y otorgar derechos, ya

sea de manera individual o colectiva, como ya se lo ha mencionado anteriormente. Miguel Acosta Romero, señala que: *“Cuando el acto administrativo se dirige a los particulares, puede crear a favor de éstos, derechos y obligaciones que, por lo general, son de naturaleza personal e intransmisible; por ejemplo los derivados de un nombramiento de un empleado público (...)”*

Entendiéndose, que el acto administrativo, cuando ha otorgado derechos subjetivos, éste es irrevocable, y de lo mismo se despliega lo que Marienhoff, en la obra de Gordillo establece: *“la <<revocabilidad>> del acto administrativo no puede ser inherente a su esencia, ni puede constituir el <<principio>> en esta materia. La revocación del acto administrativo es una medida excepcional, verdaderamente <<anormal>>.”*, *“Es en los actos favorables, aquéllos que consagran situaciones individuales en beneficio de las personas, donde se pone en juego la seguridad y, en consecuencia, debe ponerse especial cuidado en la estabilidad como característica del acto administrativo. Para ello es necesario tomar en cuenta las dos posibles razones para revocar un acto administrativo: la oportunidad y la legalidad.”*

Las administraciones Públicas emiten diariamente decenas de actos administrativos que otorgan un determinado derecho a una persona en particular, otorgándole meros derechos subjetivos, que en teoría se presumen adquiridos con plena legalidad y bajo el principio del debido proceso; pero, ¿qué sucede si estos actos no han sido efectivamente emitidos y han violado algún precepto legal? La Administración Pública, no puede revocar un acto que está otorgando derechos subjetivos, ya que de hacerlo incurriría en que el particular proponga acciones en su contra. *“Como la administración debe*

mantener los actos declarativos de derechos, ya que no puede revocarlos y como, por otra parte, sería absurdo que se mantuviera una situación legal ilegal, tan pronto la administración descubre sus propios yerros debe estar autorizada para someter a revisión aquellos actos que resulten perjudiciales a sus intereses. La administración tiene la posibilidad de revocar sus propios actos, posibilidad que no se da cuando los actos son declarativos de derechos, lo que ocurre con el objeto de equilibrar los intereses públicos con los intereses de los particulares, ya que éstos no pueden quedar siempre a merced de las veleidades de la administración.”

3.3. Declaratoria Administrativa de Lesividad

“La estabilidad de los derechos es una de las principales garantías del orden jurídico, a tal punto que puede incluso sentarse un principio general en tal sentido, que solo podría ser objeto de excepción en casos concretos y ante norma expresa.

“(…) aunque resultara que el individuo no tiene en verdad derecho a aquello que el acto le concede, no por ello se transforma el acto en revocable, sino que debe pedirse judicialmente su anulación; como se advierte, el valor fundamental que tiene en cuenta este principio es el de la seguridad jurídica, para que la administración no pueda por sí y ante sí dejar sin efecto derechos nacidos bien o mal al amparo de actos anteriores.”

De lo mencionado, se puede decir que la generalidad ampara los actos administrativos que poseen estabilidad, y de la misma manera no pueden ser revocados, si estos otorgan derechos subjetivos, y así se entiende que *“la administración debe cuidar de la vigencia del principio de legalidad (...), pues*

aún en el caso de que no pudiera ella misma revocar el acto, puede y debe presentarse ante la justicia pidiendo su anulación, si las circunstancias del caso la llevan a la convicción de que efectivamente se trata de un acto nulo o anulable. La administración no puede ni debe desentenderse de las alegaciones de nulidad que se hagan, por su obligación de atender a la vigencia del señalado principio y porque no sería cierto afirmar que no puede dictar un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión.”

Hay que señalar que, para que un acto administrativo deje de tener la estabilidad que se menciona, existe un recurso establecido en nuestra ley, el cual es capaz de revocar todo acto que ha otorgado derechos subjetivos, pero que no han sido otorgados mediante el principio de legalidad, y por lo tanto se debe revocar su efecto; este es recurso se llama la acción de lesividad, establecido y tipificado en el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), en su artículo 97, que señala: *“La anulación por parte de la propia Administración de los actos declarativos de derechos y no anulables, requerirá la declaratoria previa de lesividad para el interés público y su impugnación ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente (...).”*

De lo antes señalado se debe entender que no se recurre al Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, para que declare la lesividad, sino para que ejecute la declaratoria de lesividad previamente emitida; sin dicha declaratoria, no se podrá hacer efectiva la acción de lesividad, así como tampoco se podrá revocar al particular de los derechos subjetivos que inicialmente le fueron otorgados.

Para que se desarrolle y tenga lugar la acción de lesividad, es pertinente que por Acuerdo Ministerial o mediante Decreto Ejecutivo, según como corresponda, hagan la declaratoria de lesividad, basándose en que el acto administrativo del cual se está realizando la misma, no fue emitido con las solemnidades y requisitos legales pertinentes, y que pese a que está otorgando derechos subjetivos a determinadas personas, es necesario, que ese acto sea revocado.

Siendo la declaratoria de lesividad el requisito fundamental para proceder con la acción de lesividad, y que dicha declaratoria se debe adjuntar al escrito que demanda y solicita se proceda con la pertinente acción de lesividad.

“La declaración administrativa previa de lesividad es un presupuesto esencial y especialísimo que atañe a la naturaleza de la institución. Importa un acto administrativo previo mediante el cual, y con miras a un proceso judicial ulterior, la Administración declara que un acto suyo anterior es lesivo de sus intereses por ilegítimo.

(...) si la declaratoria de lesividad padece de algún vicio que afecte el objeto, la competencia, la voluntad o la forma del acto administrativo, no producirá sus efectos normales y, de este modo, el tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la acción procesal administrativa, de oficio o a instancia de la parte demandada. Tal efecto procesal hará inadmisibile el proceso.” (Dromi, 2009, p. 1194). “La lesividad está reservada para los casos en que la administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la jurisdicción contencioso-administrativa su anulación.” (Dromi, 1979, p. 209)

Por su parte Manuel María Díez, en relación a la declaración de lesividad, indica que: *“es un acto administrativo por el cual el órgano que ha dictado el acto lo declara lesivo a los intereses públicos. (...) la declaración de lesividad es una facultad discrecional de la administración, vale decir que podrá hacerla o no según considere que el acto, del cual surgen derechos a favor de los particulares, es o no lesivo a sus intereses públicos. (...) El fundamento de la declaración de lesividad proviene de que se quiere asegurar que la administración, antes de iniciar el proceso de lesividad, esté convencida que el acto lesiona el interés público. La declaración de lesividad tiene que hacerla el órgano competente. En este supuesto sería la propia administración que dictó el acto.”*

Cuando la declaratoria ha sido emitida por uno de los órganos competentes, en la manera prevista por la Ley, la Administración procederá a sede judicial donde impugnará el acto administrativo con la pertinente declaratoria de lesividad.

3.4. Recurso de Lesividad por parte de la Administración

La lesividad está íntimamente vinculada con la estabilidad del acto administrativo emitido; entendiéndose que la Administración no puede, revocar las decisiones que ella mismo ha emitido, por lo que, como primer punto, debe declararlas lesivas, para que como segundo punto, puedan ser impugnadas en dejarlas sin efecto a través de un proceso judicial.

Una vez que se ha señalado lo que nuestra ley establece en relación a la acción de lesividad, se debe conocer que es lo que la teoría y lo que los tratadistas nos dicen al respecto, citando al argentino Agustín Gordillo (2006,

Cap. XI), quien dice que la manifestación de lesividad en el derecho español, y siendo que nuestro derecho es una copia de aquel, *“declara el acto como contrario al orden jurídico, sin revocarlo, para luego recabar de los órganos judiciales la investigación del vicio, mediante la acción que se instaurará, a fin de que la justicia resuelva en definitiva si el acto era legítimo o no y si corresponde o no declarar su extinción.”*

“Esta pretensión se refiere a un acto de una entidad pública que no puede revocarlo “per se”. La interposición de la acción de lesividad da lugar a un proceso jurisdiccional en el que se examina la pretensión deducida por el sujeto de derecho frente a otro. La aparición de la Administración demandante supone la derogación de algunas reglas procesales comunes del proceso administrativo ordinario, cuyas disposiciones se le aplicarán si no son incompatibles con la naturaleza específica de la acción mencionada.

“La entidad pública demandante es la Administración autora del acto, que no puede revocarlo. Tal entidad deberá tener, para deducir la pretensión, interés directo, es decir, ser titular de un derecho derivado del ordenamiento que considere infringido por el acto.” (Dromi, 2009, p. 1193, 1194)

3.5. Procedimiento de Lesividad

El procedimiento de lesividad, consiste en un procedimiento especial establecido tanto por la ley como por la doctrina. Teniendo como diferencia fundamental con el proceso ordinario, que la administración es la parte demandante y no demandando, como es la tendencia establecida en los recursos de lo que se habló anteriormente.

Manuel María Díez (1972, p. 202), nos indica sobre el proceso de lesividad, estableciendo que hay distintos supuestos sobre los cuales podría plantearse la lesividad, así tenemos: *“a) que el acto administrativo del que surgen derechos sea válido; b) que el acto administrativo del que surgen derechos sea inválido. En este segundo supuesto puede surgir también otra alternativa: 1) que el acto tenga un vicio leve; 2) que el acto tenga un vicio grosero.”* Los vicios leves son aquellos que dan lugar a ser suprimidos o corregidos, mientras que los vicios groseros, como los denomina el autor, o vicio grave como se los conoce más comúnmente en nuestra legislación, dan lugar a la nulidad y por lo tanto inexistencia del acto emitido. Continuando con la explicación en virtud de los supuestos dentro de los cuales cabe el proceso de lesividad; *“a) Si el acto es válido y es declaratorio de derechos, es indudable que la administración carece de potestades para revocarlo de oficio y solamente si razones de interés público exigen la eliminación del acto, debe acudir a sede judicial.*

“b) Si se trata de acto inválido y con vicio leve, (...) este acto declaratorio de derechos no puede eliminarse en sede administrativa y la administración tiene, en consecuencia, que ocurrir a sede judicial, iniciando el correspondiente proceso de lesividad. Si el acto está viciado y el vicio es grosero, (...). Se ha sostenido que en estos supuestos no puede nacer ningún derecho de un acto que tenga un vicio grave y en consecuencia la administración está facultada para revocarlo sin acudir a sede judicial.” (Díez, 1972, p. 202 – 203). Desde mi punto de vista, se debe considerar necesario que todo acto que otorgue derechos, para ser revocado, debe seguir con el mismo proceso sin importar del vicio del que adolezca; y de esta manera precautelar los intereses de ambas partes, y poner en igualdad de condiciones, sin perjudicar a ninguna,

dando de este modo un beneficio al particular, al cual se le quieren revocar los derechos, para que estos sean, por lo menos, revisados y se compruebe su ilegalidad y que no se ha seguido con el pertinente proceso para que este puede ser revocado; por lo tanto, siempre y en cualquier caso que se trate de revocatoria de actos se debe recurrir a sede judicial, para que los derechos del particular no queden a la decisión individual de aquel funcionario público competente de revocar actos de oficio.

“El hecho de que la administración pública aparezca como demandante en un proceso, no da lugar al proceso de lesividad. Por ello se puede afirmar que para que se reúnan los requisitos para configurar el proceso de lesividad será preciso: 1) que la administración actúe como parte demandante; 2) que ataque un acto dictado por ella misma, solicitando su anulación en mérito de considerarlo lesivo para los intereses públicos. Se trata evidentemente de un proceso especial donde aparece una entidad pública demandante frente a sus propios actos.” (Diez, 1972, p. 201)

Dromi, establece de manera no muy detallada en qué consiste el procedimiento que se debe llevar a cabo para la acción de lesividad; señalando que: *“la contienda se entabla entre la Administración que pretende que no prevalezca una resolución que estima ilegal y lesiva a sus intereses, y el administrado que obtuvo en su provecho, beneficio o favor del derecho acordado, el acto supuestamente lesivo. El demandado, en síntesis, en el proceso de lesividad es el afectado por la resolución recurrida.”*

“Es lógico suponer que si la administración inicia proceso de lesividad por entender que el acto es ilegítimo, habrá de suspender la ejecución del mismo.

Se entiende que ésta será una facultad discrecional de la administración pero parece acertado que durante la tramitación del proceso no se ejecuten los actos objeto de la pretensión deducida.” (Diez, 1972, p. 206)

En el procedimiento de lesividad se presupone la revocatoria de un acto administrativo, pero hay que tener en cuenta que no son todos los actos administrativos los que son susceptibles de impugnación a través de éste procedimiento, aquellos que pueden dar lugar a que se entable esta acción son aquellos actos administrativos estables, como bien lo menciona Dromi, que son irrevocables en sede administrativa, y esto se da precisamente porque son actos administrativos que otorgan derechos subjetivos, y una vez que han sido otorgados, no se le puede privar a la persona de dichos beneficios, a menos que se lleve a cabo el pertinente procedimiento.

El Artículo 97 del ERJAFE, establece cual es el procedimiento que se debe seguir en nuestro país para que se lleve a cabo el completo procedimiento de lesividad, a pesar de que lo hace de manera reducida, sin dar detalles explícitos sobre el procedimiento al cual nos estamos refiriendo, sin embargo es importante mencionar lo que la ley nos dice; *“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.”

Como la ley lo establece el primer paso a seguir, para llevar a cabo la revocatoria de un acto emitido por la Administración Pública, es pertinente la declaratoria de lesividad por uno de los órganos competentes y en la forma prevista por la ley. *“Al ser la declaración de lesividad un presupuesto procesal, no tiene más valor que el de autorizar la admisión y tramitación de la acción, pero es el órgano jurisdiccional el que tendrá que declarar si efectivamente existe lesión y, en consecuencia, anular el acto objeto de ella.”* (Diez, 1972, p. 206)

Una vez que se ha emitido la declaratoria de lesividad, la administración para iniciar el proceso en la vía judicial, deber adjuntar a la demanda, el acto administrativo que emite expresamente la declaratoria de lesividad, objeto del acto cuestión de la impugnación. La demanda debe ser planteada ante el órgano jurisdiccional competente; determinando de manera expresa al demandante.

“El particular beneficiado por el acto declarado lesivo será emplazado a contestar la demanda.” (Diez, 1972, p. 206)

Basados en el principio de congruencia, es que se le otorga al demandado, como en todo juicio la posibilidad de contestar a la demanda, para que así como el actor, éste tenga la posibilidad de extender sus argumentos y excepciones a la demanda planteada. *“Frente al interés del actor a que se le juzgue de cierta manera, existe el interés del demandado a que sea juzgado en un modo presumiblemente contrario al demandante. La comparecencia del demandado es un requisito para el desarrollo de la relación procesal. La contestación a la demanda es fundamental, ya que determina el objeto del*

proceso, sobre el cual ha de pronunciarse el juez.” (Monroy Cabra, 2001, p. 362)

“En cuanto a la sentencia, si es desestimatoria dará firmeza a la relación jurídica que tiene su base en el acto impugnado. De allí que la potestad revocatoria de la administración que tiene un límite, que es el de tratarse de un acto declarativo de derechos, tendrá un nuevo límite al dictarse la sentencia confirmatoria del acto. Si la sentencia es estimatoria, se tratará de una sentencia constitutiva que al anular un acto declaratorio de derechos producirá la extinción de las relaciones jurídicas derivadas del acto. La sentencia definitiva hará, como en los casos corrientes, cosa juzgada.” (Diez, 1972, p. 206)

Una vez que el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario emite su sentencia, cabe hacernos la siguiente pregunta: ¿Qué responsabilidades puede tener un servidor público en caso de que el Tribunal declare el acto como lesivo?

Antes de realizar este análisis hay que tomar en cuenta que existen dos servidores públicos que se involucran en un acto administrativo declarado lesivo:

1. Aquel servidor público que era acreedor a los derechos subjetivos del acto administrativo declarado lesivo; y,
2. El servidor público que emitió el acto administrativo que en sentencia se declara lesivo.

El servidor público que fue acreedor de los derechos subjetivos revocados al declarar el acto lesivo tiene la única responsabilidad de acogerse a la sentencia emitida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo y Tributario, y cesar de sus funciones.

Mientras que, responsabilidad del servidor público que emitió el acto administrativo declarado lesivo, es la de resarcir los daños mediante el derecho de repetición. El derecho de repetición se entiende como reclamación, reposición, demanda.

Tal como lo señala el autor René Quevedo en su obra “Derecho de Repetición” (2010, p. 36), en el que señala: *“repetir entonces no se trata de otra cosa más que el reclamo de restitución que ha de hacerse contra un tercero (...)”*. *“(...) En el caso del derecho de repetición del Estado su objetivo radicaré en intentar evitar la afectación al interés común o del erario público, al tiempo de situar la carga indemnizatoria en el real responsable del daño, esto es afectando al patrimonio personal del funcionario(a) o empleado(a) público cuya acción u omisión devino finalmente en una indemnización por un daño provocado y no del Estado.”* (QUEVEDO, 2010, p. 38)

Con lo antes mencionado se debe entender que, el servidor público que emitió en su debido momento el acto administrativo que mediante sentencia fue declarado lesivo, tiene responsabilidad de responder frente al Estado sobre la pérdida que le ocasionó a éste, al haber otorgado derechos subjetivos a una persona que no era idónea.

Con relación al derecho de repetición, la Constitución en su Art. 11, nos indica: *“El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:*

“(...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones y omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

“El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas. (...)”

El Código Orgánico de la Función Judicial, en su Artículo 33, sobre el derecho de repetición nos dice: *“(...) el Estado ejercerá en forma inmediata el derecho de repetición contra las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades, administrativas, civiles y penales. De haber varios responsables, todos quedarán solidariamente obligados al reembolso del monto total pagado más los intereses legales desde la fecha del pago y las costas judiciales (...)”*

De lo antes mencionado, se puede colegir que la responsabilidad que se tiene por los dos lados en caso de que el acto sea declarado lesivo, llegando a la conclusión de que quién emite el acto administrativo, antes de hacerlo deberá realizar un estudio minucioso de la persona en favor de quien se emitirá el acto, con la finalidad de evitar un perjuicio al Estado y procurar no ser “víctima” del derecho de repetición.

El Código Orgánico de la Función Judicial establece en el Artículo 217, numeral 11, establece las atribuciones y deberes de los jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo, así tenemos: *“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.”*; de lo señalado, podemos señalar que sí pueden ser declarados lesivos los actos administrativos por otras entidades que no se encuentren dentro de la Función Ejecutiva, como en muchos casos se ha creído, la fundamental distinción, es que aquellas entidades pertenecientes a cualquier poder del Estado, que no sea específicamente el Ejecutivo, acuden directamente al contencioso, con la pretensión de anular un acto emitido por ellas mismas, pero sin el precedente de primero tener que realizar la declaratoria de lesividad, acto que precede a la acción de lesividad, para las instituciones de la Función Ejecutiva.

Por lo que, las instituciones que no se apegan a las normas del ERJAFE, sí pueden declarar lesivos los actos emitidos por ellas mismas pero acudiendo de manera directa al Tribunal Contencioso Administrativo y Tributario, sin la necesidad de una declaratoria previa, de que aquel acto que se busca revocar, es lesivo.

3.6. Casos prácticos de Lesividad

A continuación cito alguno de los casos y sentencias que en nuestro país se han dado con relación a la acción de lesividad, y su pertinente declaración, por lo que, me permito tomar de la obra del Doctor Pico Mantilla (2007, p. 255), una de las sentencias y nombramiento dictados, que señala que no se ha seguido

el debido proceso, siendo éste la declaratoria de lesividad, para la remoción de un cargo de un funcionario.

SENTENCIA No. 201-99157

DECLARACIÓN Y ACCIÓN DE LESIVIDAD. DECRETO EJECUTIVO 104

Expediente de Casación 201

Registro Oficial 290 de 04-oct.-1999

Estado: Vigente

POR DESTITUCION. Expediente 201, Registro Oficial 290, 4 de octubre de 1999.

ACTOR: David Vélez.

DEMANDADO: Empresa de Agua Potable.

ASUNTO: Recurso de Hecho. Fs. 2

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Quito, a 30 de junio de 1999; las 11h20.

VISTOS (181-98): El Gerente General de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Manta, deduce recurso de casación de la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo, en el juicio seguido por David XXXXXXXX Vélez XXXXXXXX contra la empresa representada por el recurrente, sentencia en la que se declara ilegal el acto administrativo mediante el cual se removió al actor de sus funciones de auditor de la empresa,

ordenándose su reintegro a dicho cargo. Pretende el recurrente que al dictarse el fallo impugnado, se han infringido las disposiciones de los artículos primero y final de la Ley No. 75 publicada en el Registro Oficial No. 594 de 21 de diciembre de 1991; 14 del Reglamento General de dicha Ley; 383 No. 4 y 271 inc. 2 de la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control; 62 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 64 del Reglamento General a dicha Ley; 1 y 2 del Decreto Ejecutivo No. 104 publicado en el Registro Oficial No. 17 de 6 de marzo de 1997; y 288 y 289 del Código de Procedimiento Civil, alegando como fundamento la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación. Habiéndose establecido la competencia de la Sala para conocer y resolver el recurso de casación interpuesto con oportunidad de la calificación del recurso, no habiendo variado tal condición; y, habiéndose agotado el trámite establecido, ha lugar a que se dicte la respectiva sentencia, para efecto de lo cual se considera:

PRIMERO.- Es del todo evidente que la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de la ciudad de Manta, pertenece al sector público, más también es evidente que no aparece norma alguna de la ley de creación ni de sus reglamentos que permita a sus autoridades, por máximas que estas fueran, dejar sin efecto los actos administrativos por ellas expedidos. Por otra parte, un Decreto Ejecutivo por importante que éste sea en el orden jerárquico se encuentra subordinado a las disposiciones de la Constitución, de las leyes y de los reglamentos, y en consecuencia sus disposiciones no pueden reformar las de tales instrumentos normativos. Así entendido el verdadero alcance de una disposición contenida en un Decreto Ejecutivo, hemos de admitir que el dictado por el Presidente de la República, con el No. 104 y publicado en el Registro

Oficial No. 17 de 6 de marzo de 1997, de ninguna manera puede reformar ni las disposiciones constitucionales, ni las leyes y reglamentos que establecen que los funcionarios de instituciones públicas no tienen otras atribuciones que las establecidas en la ley y, que previamente a la remoción de un funcionario que no sea de libre remoción ha de seguirse el trámite pertinente concediéndole el debido proceso, que incluirá el derecho de defensa y sobretodo la existencia de una causal que justifique su remoción; y si, como en el caso alegado por el demandado, se considerara que se ha omitido en su designación alguno de los requisitos exigidos por la ley para la misma; para dejar sin efecto tal nombramiento, si la entidad no tiene expresa disposición legal que le faculte a hacerlo previamente debe declarar la lesividad de dicho nombramiento, luego de lo cual se debe intentar la acción de lesividad correspondiente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, pretendiendo que se deje sin efecto el acto administrativo del nombramiento que ella misma no puede declararlo sin efecto. Así establecido el procedimiento respectivo, el Decreto Ejecutivo No. 104 no tenía otro efecto que el de ser una declaración de lesividad de carácter general, que consiguientemente autorizaba a las respectivas autoridades en los casos que fuera aplicable, a iniciar las pertinentes acciones de lesividad ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

SEGUNDO.- Lo anterior demuestra de manera fehaciente que si bien los considerandos de la sentencia recurrida son un tanto ajenos a la verdadera doctrina jurídica aplicable, sin embargo, de ninguna manera han influido en la decisión de la causa, la cual se halla apegada estrictamente a la normatividad legal pertinente, por ello es que respecto de lo principal, esto es la resolución

del reintegro del actor a las funciones que venía desempeñando en la Empresa Municipal de Agua Potable de Manta, no hay violación alguna de derecho ni, en consecuencia, respecto de esta materia, tiene fundamento el recurso presentado.

TERCERO.- Conforme señala expresamente la ley y la doctrina, los honorarios profesionales, constituyen uno de los rubros que integran las "costas" de un juicio, por lo que en caso de que no se establezca costas en una sentencia, resulta evidentemente ilegal el establecimiento de honorarios profesionales de cualquiera de las partes como ha ocurrido en el caso que nos ocupa. Por todo lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia solamente respecto del señalamiento de honorarios profesionales del abogado del actor y de la deducción porcentual de los mismos para el Colegio de Abogados de Manta, que es ilegal por no haber lugar a costas en este juicio. Por lo demás se ratifica en todas sus partes, la sentencia del Tribunal Distrital No. 4 de 29 de abril de 1998; las 11h20. Sin costas. Comuníquese, publíquese y devuélvase.

Fdo.) Dres. Luis Heredia Moreno, Galo Pico Mantilla y José Julio Benítez A..

ANALISIS

El señor David Xxxxxx Vélez Xxxxxxxx, Auditor de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Manta, presenta demanda que contiene el recurso subjetivo (ahora acción subjetiva), en contra de dicha empresa por haberlo cesado en sus funciones, ante el Tribunal Distrital No. 4 de lo Contencioso Administrativo, el cual dicta sentencia declarando ilegal el acto administrativo

de cesación de funciones y ordenando su reintegro y no el pago de remuneraciones.

De esta sentencia el señor David Xxxxxxx Vélez Xxxxxxxx, presenta recurso de casación para que la Sala de lo Contencioso Administrativo ordene también el pago de remuneraciones.

Dice la Sala de lo Contencioso y Administrativo que el Decreto Ejecutivo No. 104 publicado en el Registro Oficial No. 17 de 6 de marzo de 1997, que dispone: "1.- Declárase sin efecto todos los nombramientos y contratos de trabajo expedido sin sujeción a la Ley, desde el 10 de agosto de 1996 hasta el 06 de febrero de 1997, por el Gobierno del Ab. Abdalá Bucaram Ortiz", es ilegal, violatorio a normas constitucionales y legales.

Este Decreto Ejecutivo contiene una declaración administrativa de lesividad.

El procedimiento a seguir por parte de la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Manta, si pretendía dejar sin efecto el nombramiento de Auditor del señor David Xxxxxxx Vélez Xxxxxxxx, era el de presentar ante el Tribunal Contencioso Administrativo una demanda por lesividad, lo cual no hizo.

Haciendo una interpretación in dubio pro operario de la sentencia impugnada la Sala de lo Contencioso ratifica la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, no casa la misma declarando la ilegalidad del acto administrativo emitido por la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Manta, que dispone el reintegro al cargo del recurrente.

**NOMBRAMIENTO PROVISIONAL. DECRETO EJECUTIVO 104:
DECLARACIÓN DE LESIVIDAD**

Expediente de Casación 204

Registro Oficial 291 de 05-oct.-1999

Estado: Vigente

DESTITUCION. Expediente 204, Registro Oficial 291, 5 de octubre de 1999.

ACTOR: Pablo Xxxxxx Palacios Xxxxxx.

DEMANDADO: CONSEP. ASUNTO: Recurso de Casación. Fs. 3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO

Quito, a 30 de junio de 1999, las 08h30.

VISTOS: (171-98): Pablo Xxxxxx Palacios Xxxxxxx deduce recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo, en el juicio seguido por el recurrente en contra del Secretario Ejecutivo del CONSEP, sentencia en la cual se declara sin lugar a la acción. Funda su recurso en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación, sosteniendo que se ha aplicado indebidamente el Art. 113 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y que no se han aplicado las normas contenidas en los artículos 3 y 59 lit. a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Art. 278 del Código de Procedimiento Civil, en la causal cuarta, por haberse resuelto en la sentencia lo que no fue materia de la litis; y, en la causal quinta, por haberse adoptado decisiones contradictorias e

incompatibles, habiéndose establecido en el correspondiente auto de calificación al competencia de la Sala para este caso, y una vez agotado el trámite respectivo, el estado de la causa es el de dictar sentencia, para lo cual se hacen las siguientes consideraciones:

PRIMERO.- La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su primera parte regula las relaciones de los servidores públicos, denominación genérica que abarca todos los funcionarios y empleados que prestan sus servicios a la administración, y es así como el Título 11 se denomina "De los Servidores Públicos", en tanto que su segunda parte regula lo relacionado con los servidores de carrera, esto es con los servidores públicos que habiendo cumplido las disposiciones señaladas en la ley, reciben el título correspondiente que les da esta categoría especial de servidores de carrera, y es así como el Título III se denomina "De la Carrera Administrativa". Dentro de ese Título, en el Capítulo VII se regula lo referente a la cesación definitiva de las funciones de los servidores públicos de carrera, tan es así que el Art. 112 de manera detallada explica el efecto del fallo de la Junta de Reclamaciones, instancia de exclusiva competencia para tales servidores de carrera. Lo anterior demuestra de manera inequívoca que la norma constante del Art. 113 referente a la designación provisional, según la cual "Mientras se tramite un juicio por destitución o por suspensión, el puesto del servidor afectado sólo podrá llenarse provisionalmente", es aplicable únicamente para los servidores de carrera. Ahora bien, es de toda evidencia que el Tribunal "a quo" aplicó tal norma, sirviendo de base para su resolución el caso del antecesor del recurrente, quien no ha demostrado ser servidor de carrera. Lo anterior nos lleva a la inequívoca conclusión de que el Tribunal "a quo" aplicó

indebidamente el mencionado artículo, tanto más que a la fecha de designación del recurrente aún no se había deducido, por parte de su antecesor, el correspondiente juicio por destitución, por lo que en consecuencia jamás la designación del actor pudo tener carácter provisional aunque se hubiera tratado del reemplazo a un funcionario de carrera, por lo que en consecuencia la casación tiene fundamento, y corresponde a esta Sala entrar a examinar la sentencia recurrida para dictar la que en su lugar corresponda.

SEGUNDO.- El actor, según reconoce expresamente la entidad demandada, inclusive al dar contestación a la casación, fue removido de su cargo, partiendo del supuesto de que su nombramiento había tenido carácter provisional y fundamentado en lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 104, publicado en el Registro Oficial No. 17 de 6 de marzo de 1997, sosteniendo que la designación del recurrente tiene carácter ilegal, porque lo cumpliendo con el período de prueba dispuesto por el Art. 99 de la Ley, de Servicio Civil y Carrera Administrativa, que igualmente es parte del Título III y se refiere a los tradicionales de carrera administrativa, condición de especialidad que no tiene el actor, y, en cuanto al Decreto Ejecutivo No. 104 antes mencionado, cierto es que éste acordó dejar sin efecto los nombramientos y contratos de trabajo expedidos sin sujeción a la ley, desde el 10 de agosto de 1996 hasta el 6 de febrero de 1997, más tal disposición no creó una facultad arbitraria ni siquiera discrecional en favor de la entidad en la que desempeñaba sus funciones el servidor es más, en anuario del principio de jerarquía, jamás podía reformar lo establecido por normas de carácter superior como la Constitución y las leyes. En consecuencia, la interpretación correcta es la de considerar la disposición del Decreto antes aludido como lo que realmente era: una declaración de

lesividad de las designaciones contratos celebrados en violación de la ley en el período en ella señalado, cada aplicación del Art., 97 del "Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que daba como consecuencia, la facultad a la autoridad nominadora para acudir basada en ella, ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, proponiendo lo correspondiente acción de lesividad en contra del titular cargo o del contrato incoamente expedidos.

TERCERO.- En el caso, es evidente que no se ha procedido de la manera que se señala anteriormente, y que al contrario solo basado en la disposición del Decreto Ejecutivo y partiendo del supuesto de que no se cumplió con el requisito de establecer un período de prueba, mediante Acuerdo No. 017 de 23 de abril de 1997 suscrito por el Secretario Ejecutivo del CONSEP, que no tiene facultad expresa de la ley para dejar sin efecto sus propios actos, y en consecuencia, en abierta contradicción con la disposición constitucional consignada en el inciso tercero del Art. 74 de la Constitución Política del Estado (Codificación de 1997), se procede a dejar sin efecto el nombramiento otorgado a favor del actor. Consiguientemente, dicho acuerdo es ilegal, lo que evidentemente produce la ilegalidad de la acción de personal mediante la cual el Secretario Ejecutivo del CONSEP ejecuta el acuerdo anterior.

CUARTO.- Para indemnizar a los particulares es necesario que se prueben los perjuicios irrogados como consecuencia de los actos de los funcionarios , empleados en el desempeño de su cargo, de conformidad con lo que dispone el Art. 23 de la Codificación de 1997 de la Constitución Política del Estado. No habiéndose probado tales perjuicios no ha lugar al pago de indemnización de ninguna especie. Sin otras consideraciones, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN

NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se casa la sentencia recurrida y aceptándose parcialmente la demanda se declara la ilegalidad del acto administrativo mediante el cual se removió al recurrente de las funciones de Jefe Zonal del CONSEP del Austro, disponiéndose en consecuencia que se proceda a reintegrarle al indicado cargo en el término de ocho días. No ha lugar a las demás pretensiones. Sin costas. Notifíquese, publíquese, y devuélvase.

f.) Dr. Luis Heredia Xxxxxx. f.) Dr. Galo Pico Xxxxxxx. f.) Dr. José Xxxx Benítez A..

En el segundo caso la argumentación de la Sala de lo Contencioso es similar por cuanto ambos se derivan de la aplicación del Decreto Ejecutivo No. 104 publicado en el Registro Oficial No. 17 de 6 de marzo de 1997

CONCLUSIONES

1. Se ha estudiado la Acción de Lesividad como un procedimiento especial que se plantea en la vía administrativa, el mismo que tiene como característica esencial, el que es incoado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa por los distintos órganos estatales que conforman el sector público, actuando como actores de actos declarativos de derechos, que no pueden ser revocados por el propio órgano que los emitió.
2. Existen dos tipos de acciones que pueden ser planteados en la vía judicial: aquellos que puede proponer el administrado y aquellos que puede proponer la administración pública; en el primer caso acciones tales como el subjetivo o de plena jurisdicción y el objetivo o de anulación, y en el segundo caso la Acción de Lesividad dentro de la cual las Administraciones Públicas actúan como parte actora
3. En Ecuador no se ha aplicado de manera efectiva la Acción de Lesividad, facultad con la que cuenta la administración para revocar en la vía judicial, los actos que no pueden ser revocados por la misma; existe jurisprudencia que solo señala la falta de aplicación de esta acción por parte de las instituciones del Estado para poder revocar aquellos actos declarativos de derechos.
4. Resulta importante contar con esta acción que puede ser planteado por las administraciones públicas, con el único fin de revocar aquellos actos emitidos por la misma y que no pueden ser derogados por otorgar derechos subjetivos, siendo este la Acción de Lesividad

RECOMENDACIONES

1. La Acción de Lesividad debe ser tratada en un capítulo especial dentro del Código Orgánico General del Procesos, en el cual se establezca de manera taxativa el procedimiento a seguir para que esta acción sea aplicada, además se señale los requisitos fundamentales que se deben tomar en cuenta para que la Administración pueda recurrir a esta acción sin inconvenientes.
2. Se debe expedir el Código de Procedimiento Administrativo, que sea de carácter general, tanto de forma y aplicación para todas las instituciones del sector público, que regule a todos en igualdad de condiciones, además que otorgue los mismos procedimientos para todas las entidades públicas. Además, se debe establecer los procedimientos específicos que regulen de igual manera a todas las funciones del Estado, y que éstas puedan aplicar la Acción de Lesividad recurriendo al Contencioso Administrativo, sin declaratoria previa.
3. No existe jurisprudencia que determine la aplicación efectiva de la Acción de Lesividad, con el afán de revocar un acto administrativo emitido por una entidad estatal, ya sea previa declaratoria de lesividad o acudiendo directamente al Contencioso; esto no se ha dado por la falta de conocimiento de las personas que dictan diariamente actos administrativos, y que dentro de esos puede existir alguno declarativo de derechos, pero que obvió ciertos procedimientos relativos al debido proceso.

BIBLIOGRAFÍA

Constitución de la República del Ecuador. R.O. No. 449 de 20 de octubre de 2008.

Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial 506. 22 de mayo de 2015. Ecuador

Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo No. 2428, Registro Oficial No. 536, 18 de marzo de 2002.

ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 1999

BOQUERA, José María, Estudios sobre el acto administrativo, Editorial Civitas, S.A., 1988

CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina.

DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo". Tomo I. Editorial Astrea. Buenos Aires- Argentina, Año 1992.

ECHANDÍA, Devis. Nociones Generales de Derecho Procesal, Editorial Aguilar, Buenos Aires, 1966.

ESCUIN PALOP, Vicente. El Recurso Contencioso Administrativo de Lesividad. Editorial Civitas. España 2004

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y otros - de Derecho Administrativo.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, Los recursos administrativos, IEP, 1960

GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III, Editorial Argentina, 2006

MONROY CABRA, Marco Gerardo, Derecho Procesal Civil Parte General, Editorial ABC, 2001

MONROY GALVEZ, Juan, Introducción al Proceso Civil Tomo I, Temis, 1996

MOYA MILAN, Edgar José, Derecho Contencioso Administrativo, Mobilibros, 2008

QUEVEDO, René J., Derecho de Repetición, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2010

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, 2009

VELÁZQUEZ BAQUERIZO, Ernesto, La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo

ZAVALA EGAS, Jorge, Derecho Administrativo tomo I, Edino, 1999