



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 3 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, EN EL SENTIDO DE PRECISAR CAUSALES CLARAS PARA PROPONER ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS POR LAS VÍAS OBJETIVA Y SUBJETIVA”

Tesis previa a optar por el título de Abogado.

AUTOR:

Manuel Ignacio Albuja Bustamante

DIRECTOR:

Ab. Phd. Galo Stalin Blacio Aguirre

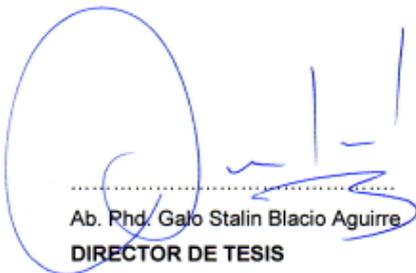
Loja - Ecuador
2014

AB. PHD GALO STALIN BLACIO AGUIRRE, DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO DE LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA, Y DIRECTOR DE TESIS.

CERTIFICO:

Que el presente trabajo de tesis "NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 3 DE LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, EN EL SENTIDO DE PRECISAR CAUSALES CLARAS PARA PROPONER ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS POR LAS VÍAS OBJETIVA Y SUBJETIVA" elaborado por el aspirante: el Sr. Manuel Ignacio Albuja Bustamante, previo a optar al Grado de Abogado, ha sido realizado bajo la respectiva dirección y luego de haberlo revisado, autorizo su presentación ante el respectivo Tribunal de Grado.

Loja, noviembre de 2014.



Ab. Phd. Galo Stalin Blacio Aguirre
DIRECTOR DE TESIS

AUTORÍA

Yo, Manuel Ignacio Albuja Bustamante, declaro ser autor(a) del presente trabajo de tesis y eximo expresamente a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes jurídicos, de posibles reclamos o acciones legales, por el contenido de la misma.

Adicionalmente acepto y autorizo a la Universidad Nacional de Loja, la publicación de mi tesis en el Repositorio Institucional-Biblioteca Virtual.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.

Firma: 
Cédula: 1104252687
Fecha: noviembre/2014

CARTA DE AUTORIZACIÓN DE TESIS POR PARTE DEL AUTOR, PARA LA CONSULTA, REPRODUCCIÓN PARCIAL O TOTAL, Y PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DEL TEXTO COMPLETO.

Yo Manuel Ignacio Albuja Bustamante, declaro ser autor(a) de la tesis titulada "NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 3 DE LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, EN EL SENTIDO DE PRECISAR CAUSALES CLARAS PARA PROPONER ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS POR LAS VÍAS OBJETIVA Y SUBJETIVA", como requisito para optar por el título de Abogado; autorizo al Sistema Bibliotecario de la Universidad Nacional de Loja para que con fines académicos, muestre al mundo la producción intelectual de la Universidad, a través de la visibilidad de su contenido de la siguiente manera en el Repositorio Digital Institucional:

Los usuarios puedan consultar el contenido de este trabajo en el RDI, en las redes de información del país y del exterior, con las cuales tenga convenio la Universidad.

La Universidad Nacional de Loja, no se responsabiliza por el plagio o copia de la tesis que realice un tercero.

Para constancia de esta autorización, en la ciudad de Loja, a los 05 días del mes de enero del dos mil quince, firma el autor.

Firma: 

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.

Cédula: 1104252687

Dirección: Espíritu Santo Correa entre Av. Pío Jaramillo Alvarado y José María Peña.

Correo electrónico: mignacio1988@hotmail.com

Teléfono: 072579167-072577038 Celular: 0982665034.

DATOS COMPLEMENTARIOS

Director de Tesis: Ab. Phd. Galo Stalin Blacio Aguirre.

Tribunal de Grado:

Dr. Mg. Sc. Gonzalo Iván Aguirre Valdivieso.

Dr. Mg. Marcelo Armando Costa Cevallos.

Dr. Mg. Igor Eduardo Vivanco Muller.

DEDICATORIA

El presente trabajo de tesis se lo dedico con inmenso cariño a mi abuelo, quien no nos acompaña en vida pero sí en espíritu, a mi querida madre, a mis hermanos, a mi esposa, a mi apreciada hija Valentina, quien pese a no encontrarse con nosotros, cada día la tenemos presente, a mi querida hija Isabella; y en definitiva, a mi familia, por brindarme su apoyo y fortaleza durante toda mi vida universitaria. Asimismo, a la Universidad Nacional de Loja, por brindarme la oportunidad de educarme.

Manuel Ignacio Albuja Bustamante.

AGRADECIMIENTO

Mi agradecimiento sincero a la Universidad Nacional de Loja, al Área, Jurídica, Social y Administrativa y especialmente a la de Derecho, por permitirme ingresar a sus aulas para formarme profesionalmente.

A sus Directivos y Personal Docente que supieron impartir sus conocimientos, en especial al Ab. Phd. Galo Stalin Blacio Aguirre, Director de Tesis, quien ha sido mi guía y apoyo en el desarrollo del presente trabajo.

Manuel Ignacio Albuja Bustamante.

TABLA DE CONTENIDOS

PORTADA

CERTIFICACIÓN

AUTORÍA

CARTA DE AUTORIZACIÓN

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTO

TABLA DE CONTENIDOS

1. TÍTULO

2 RESUMEN

2.1. ABSTRACT

3. INTRODUCCIÓN

4. REVISIÓN DE LITERATURA

4.1. MARCO CONCEPTUAL

4.1.1. HISTORIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

4.1.2 HISTORIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR

4.1.3.- CONCEPTO DE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

4.1.4.- CONCEPTOS DE ACTO ADMINISTRATIVO, ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, HECHO ADMINISTRATIVO, ACTO NORMATIVO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO

4.1.5.- CONCEPTOS DE ILEGALIDAD, NULIDAD Y ANULABILIDAD, REVOCACIÓN, INCONSTITUCIONALIDAD, INCUMPLIMIENTO E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, ACTOS NORMATIVOS, HECHOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

4.1.6.- CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

4.1.7.- CONCEPTO DE NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

4.1.8.- CONCEPTO DE CANCELACION Y DECLARATORIA DE DESIERTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS-PRECONTRACTUALES

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; SEGÚN LA DOCTRINA

4.2.2. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA. Y SEDE JURISDICCIONAL

- 4.2.3. EL PRINCIPIO DE LA AUTOTUTELA; COMO PRIVILEGIO INTANGIBLE E ILIMITADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
- 4.2.4. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA
- 4.2.5. EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, SEGÚN LA DOCTRINA.....
- 4.2.6.- EL ACTO NORMATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA
- 4.2.7.- EL HECHO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA
- 4.2.8.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA
- 4.2.9.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA
- 4.2.10. LAS IRREGULARIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA
- 4.2.11. LA NULIDAD, ANULABILIDAD, INEXISTENCIA E INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA
- 4.2.12. LA CANCELACIÓN Y LA DECLARATORIA DE DESIERTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS-PRECONTRACTUALES; SEGÚN LA DOCTRINA
- 4.2.13. LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS, SEGÚN LA DOCTRINA

4.3. MARCO JURÍDICO

- 4.3.1. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, SEGÚN LA LEGISLACION CONSTITUCIONAL
- 4.3.2. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS
- 4.3.3. EL ACTO ADMINISTRATIVO, EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, EL HECHO ADMINISTRATIVO, EL ACTO NORMATIVO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA
- 4.3.4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA
- 4.3.5.- LA NULIDAD, ANULABILIDAD Y REVOCACION DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y MÁS ACCIONES DE LA ADMINISTRACION, ASÍ COMO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS ACTOS NORMATIVOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA
- 4.3.6. LEGISLACION COMPARADA

5 MATERIALES Y MÉTODOS

- 5.1. MATERIALES
- 5.2. MÉTODOS

5.3. TÉCNICAS

6. RESULTADOS

6.1.- RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS

6.2.- RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

6.3. ESTUDIO DE CASOS

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS QUE SOSTIENEN LA PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

10. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA

11. BIBLIOGRAFÍA

12. ANEXOS

1.- TÍTULO:

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 3 DE LA LEY DE LA JURISDICCION
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, EN EL SENTIDO DE PRECISAR CAUSALES
CLARAS PARA PROPONER ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS
POR LAS VÍAS OBJETIVA Y SUBJETIVA.”**

2. RESUMEN EN CASTELLANO Y TRADUCIDO AL INGLÉS:

RESUMEN:

El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece las modalidades por intermedio de las cuales, los administrados pueden reclamar sus derechos. Éstas son: Vía Objetiva: Procura el establecimiento de la norma jurídica positiva, es decir, tutela el cumplimiento de la ley, a través de la declaratoria de nulidad del acto impugnado. Vía Subjetiva: Procura la reparación de derechos subjetivos que han sido presuntamente negados, desconocidos o no reconocidos total o parcialmente. Aparentemente la ley, sugiere causales claras por las cuales proceden los recursos antes señalados; sin embargo, la jurisprudencia es la que, en definitiva, ha reestructurado la concepción misma de ambas vías contenciosas administrativas; tornándolas confusas entre sí, en cuanto al hecho de que, aparece la ilegalidad; como una modalidad de revocatoria del acto administrativo; la lesividad; que nada más yace en el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, etc, la anulabilidad de los actos; las mismas que la ley en estudio no precisa; es decir; por cual vía contenciosa; es posible el surtimiento de los efectos jurídicos antes señalados; lo que definitivamente distrae la seguridad jurídica para quien propone una acción contencioso administrativa; partiendo del principio de que una demanda mal planteada, no surte los efectos jurídicos pretendidos.

ABSTRACT

The Art. 3 of the Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establishes the modalities by means of which, the administered can claim their rights. These are Via Objetiva: It tries the establishment of the positive legal norm, it protects the law enforcement, through the invalidity declaration of the contested act. Via Subjetiva: It tries the repairing of the individual rights that have been allegedly denied, unknown or unrecognized, fully or partially. Apparently the law suggests clear grounds on which the resources before mentioned proceed; however, the case law has restructured the conception of both contentious administrative remedies; making them confused with each other, regarding the fact that the illegality appears; as a revocation modality of an administrative act; the harmfulness; that lies in the Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, etc, the acts nullity; the same that the law on study does not require; by which a legal action; it is possible the dispensing of the legal effects before mentioned; it definitely distracts legal security for who proposes a contentious administrative action, starting of the principle that a misconceived demand does not take the intended legal effect.

3. INTRODUCCIÓN:

El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa textualmente sostiene: *“Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”* Conforme se desprende de la norma jurídica antes señalada, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción se proyecta a defender los derechos del recurrente, es decir, cuando éstos, son negados, no reconocidos o desconocidos, total o parcialmente. En tanto que el recurso objetivo, de anulación o por exceso de poder, se proyecta a garantizar la tutela efectiva, no de derechos, sino de la norma jurídica propiamente dicha, acusando la nulidad del acto administrativo. Parecería bastante claro lo antes anunciado, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, enseñan que ambos recursos son excluyentes entre sí, no solamente por la forma sino por el fondo. Tal es así, que por intermedio del recurso objetivo, no solamente se pretende la nulidad del acto administrativo, sino también la reparación de los derechos objetivos del recurrente, tales como la seguridad jurídica así como el imperio y la vigencia de la norma jurídica positiva. En tanto que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, procura unilateralmente la reparación de derechos subjetivos, tales como los meramente patrimoniales así como la restitución de un valor intangible (puesto o cargo de trabajo por ejemplo); acusando para el efecto, la mera ilegalidad del acto administrativo. Bajo esta acepción, la jurisprudencia sostiene que la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie, por la primera, cabe la vía subjetiva en tanto que por la segunda, cabe la vía objetiva. Por la vía subjetiva, la controversia causará efecto inter partes en tanto que por la vía objetiva, causará efecto erga omnes, por cuanto la primera, es la contienda entre el administrador y el administrado, en tanto que la segunda, es la contienda entre el administrado y la impureza de la ley. Además, la misma Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no prevé la posibilidad de impugnar todas las manifestaciones y actuaciones de la Administración Pública, ni permite la declaración de sanciones imputables a los actos de la administración, validadas por la doctrina y la jurisprudencia, tales como la revocación, la anulabilidad o la inexistencia, por citar varias instituciones jurídicas de esta especie, lo que hace

imprescindible, la formulación de una propuesta de reforma jurídica que esclarezca estas insuficiencias y con ello, garantizar la seguridad jurídica, la cual es un derecho inherente e irrenunciable para el administrado-afectado y para el interesado o particular en general.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. HISTORIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Manuel María Díez, sostiene que la nominación *“jurisdicción contencioso administrativa”*; aparece con el derecho francés; en referencia a la capacidad de la Administración, para resolver todo litigio entre aquélla y los administrados. Más adelante, la Revolución Francesa, introduce dos principios elementales; que compondrían el derecho contencioso administrativo francés, por una parte; la presunción de legalidad de los actos emanados por el poder público, el cual se tiene como un principio común en nuestra región y fundamentalmente en nuestra legislación, y por otro lado, el principio de libertad de la Administración. Ambos principios; obligaron al Estado Francés, a crear el Consejo de Estado, el cual, se tendría como un órgano de carácter meramente administrativo, con capacidad de resolver toda controversia entre los particulares y el Estado; partiendo del enunciado *“juger l' Administration c'est encore administrer” (JUZGAR A LA ADMINISTRACION, SIGUE SIENDO ADMINISTRAR)*. Esta concepción, nace fundamentalmente, a partir de la declaración de la Asamblea Nacional Francesa, en el sentido de que, los órganos de la justicia ordinaria; son incapaces de juzgar y condenar los actos celebrados o emanados por la Administración Pública.

Más, España, a través de la Constitución de Bayona, y más tarde, con la Constitución de Cádiz, determina, que la Función Judicial, es el órgano del Estado competente para discernir las controversias contencioso administrativas.

4.1.2 HISTORIA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR:

Según nuestro sistema jurídico, el control de las actuaciones de la Administración advierte dos fases en concreto: a) El control que ejercer la propia Administración, a través de la revisión de oficio de sus propios actos o a petición de parte, a través de la interposición de los recursos administrativos de carácter impugnatorios, tales como el de revisión, de apelación, etc, y; b) El control jurisdiccional, cuyo ejercicio corresponde a los órganos de la justicia ordinaria.

Anteriormente, la Ley de Modernización del Estado, preveía que el administrado, afectado por un acto administrativo irregular, para impugnarlo por la vía jurisdiccional o judicial, debía agotar previamente la vía administrativa de impugnación; lo cual se tenía como un requisito sacramental; de observancia obligatoria, para la activación de la acción contencioso administrativa (recurso objetivo o subjetivo). Sin embargo, en la actualidad, la impugnación de los actos administrativos irregulares, en sede administrativa, es meramente opcional, es decir, que depende su activación, única y exclusivamente de la voluntad del administrado, caso contrario, podrá acudir directamente a la justicia ordinaria, a hacer valer sus derechos que han sido vulnerados. En el Ecuador; el control de la legalidad de los actos administrativos, correspondía; inicialmente al Consejo de Estado, según la Constitución de 1906. Con la Constitución de 1946, se establecen las atribuciones del Consejo de Estado, siendo en lo principal *“Conocer y decidir de las cuestiones contencioso administrativas”*; de lo cual, se concluye, que era un órgano administrativo, quien discernía las controversias contencioso administrativas entre el Estado Ecuatoriano y los administrados, más no la justicia ordinaria. Este Consejo de Estado estaba integrado por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, por un senador, por un diputado, por dos ciudadanos elegidos por la Función Legislativa, por el Contralor General de la Nación, por el Procurador General de la Nación, por un representante del Consejo Nacional de Economía, por el Presidente del Tribunal Supremo Electoral, por un representante de las Fuerzas Armadas y por el Presidente del Instituto Nacional de Previsión. Sin embargo, es la Asamblea Constituyente de 1967, que dispone la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción nacional; lo que permite afirmar, que las cuestiones contencioso administrativas entre el Estado y los administrados, pasan a conocimiento y resolución de la justicia ordinaria; existiendo así; de manera paralela; la impugnación de los actos de la Administración, en sede administrativa, para fines revisorios y en sede judicial, para fines declarativos-condenatorios (control de legalidad) En 1992, mediante Ley Nro. 20, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nro. 93 de fecha 23 de diciembre del mismo año, se suprime el Tribunal de lo Contencioso Administrativo a nivel nacional, y se dispone la creación de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con sede en Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo, con la finalidad de garantizar el acceso efectivo a la justicia de lo contencioso administrativo; más, es la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro Oficial Nro. 338 de fecha 18 de marzo de 1968, que concede la facultad legal, a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, para que ejerzan el control de la legalidad de los actos administrativos emanados por la Administración. Es así que el Art. 10 de la prenombrada Ley, en su

literal a); sostiene: “a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas, o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad.”

4.1.3.- CONCEPTO DE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO:

El recurso contencioso administrativo, es aquél que tiene por finalidad, restablecer el supuesto de legalidad de los actos de la administración; persiguiendo para el efecto, la ilegalidad, lesividad o la nulidad del acto impugnado; y paralelamente, la reparación del derecho subjetivo o reflejo presuntamente vulnerados.

Según el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece dos tipos de recurso contencioso administrativo, y éstos son el recurso de plena jurisdicción o subjetivo y el recurso de anulación o subjetivo. Paralelamente, el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, prevé al recurso de lesividad, como otro modo de impugnación de los actos administrativos de naturaleza regular, pero ofensivos al interés público. Respecto de esta especie de recursos, sostengo:

a) RECURSO SUBJETIVO.- Siguiendo a Rafael Bielsa, “*el recurso subjetivo es aquel que persigue la reparación de un derecho individual o personal; nacido de una ley, decreto, ordenanza, reglamento o acto administrativo.*”¹ Ahora bien, el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, prevé que el recurso subjetivo es aquel que ampara un derecho subjetivo, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. El doctor Hernán Jaramillo Ordóñez; respecto del recurso subjetivo, sostiene que “*es uno de los mecanismos de control en el régimen democrático que nos ofrece el Estado Social de Derecho a favor de toda persona que ha sufrido agravio por voluntad de la Función Administrativa restableciendo los derechos vulnerados reconocidos por el ordenamiento jurídico y declarando al mismo tiempo la nulidad del acto transgredido.*”² Carlos Ramírez Arcila; en referencia al recurso subjetivo, considera que “*es el ejercicio del poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de dirigirse a los órganos*

¹ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980.*

² ORDÓÑEZ, Herman Jaramillo, *Manual de Derecho Administrativo, Loja, Facultad de Jurisprudencia de Loja, 1999.*

jurisdiccionales para que procesalmente se les resuelvan sus pretensiones.”³ Héctor Jorge Escola, siguiendo la misma línea conceptual, considera que el recurso de plena jurisdicción es “aquella en cuya virtud se solicita del órgano jurisdiccional interviniente la anulación del acto impugnado y al mismo tiempo el reconocimiento de la situación jurídica individualizada que corresponde al accionante, por medio del restablecimiento de su derecho violado y, en su caso, la reparación del daño que le hubiera resultado.”⁴ El doctor Ernesto Velásquez Sambrano, sobre este mismo punto, sostiene que “El recurso subjetivo o de plena jurisdicción ampara al recurrente su derecho subjetivo que emana de la ley o el contrato. Si el obrar de la Administración le niega al administrado, en forma total o parcial su derecho, desconociéndolo o negándose a reconocerlo, se conjugan los elementos que legitiman a la persona, que tiene la calidad de administrado afectado, para recurrir ante el órgano jurisdiccional que es el Tribunal Distrital.”⁵

En consecuencia, concluimos que el recurso contencioso administrativo subjetivo o de plena jurisdicción, es aquel que persigue la reparación de un derecho individual o personal, emanado de un acto administrativo, de un acto normativo o de un acto contractual palmariamente irregular.

b) RECURSO OBJETIVO.- El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sostiene: *“El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal, la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”* Rafael Bielsa, en referencia al recurso objetivo, sostiene que *“el objeto del recurso es restablecer el imperio de la legalidad”⁶*. Altamira Gigena respecto del recurso objetivo o de anulación, sostiene: *“El interés legítimo, por oposición al derecho subjetivo, no presenta la nota de “exclusividad y privacidad”, que tipifica al derecho subjetivo. La situación jurídica en el derecho subjetivo es excluyente, mientras que el interés legítimo es una situación jurídica despojada de esa exclusividad. Por eso se presenta como portadora de un beneficio concurrente y coincidente que al mismo tiempo beneficia por igual a varios sujetos sin relación subjetiva individual. Es una característica de las normas de derecho público y, por tanto, del derecho administrativo (...). Es un atributo que*

³ RAMÍREZ ARCILA, Carlos, *Fundamentos Procesales y Pretensiones Contencioso-Administrativas*, Editorial Temis Librería, 1/1/1983.

⁴ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos*, Ediciones Depalma, 1967.

⁵ VELÁSQUEZ BAQUERIZO, Ernesto. *La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador*. CLD. Quito-Ecuador- Pág. 62.

⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo 2, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980.

*corresponde a las normas que regulan conductas y beneficios de terceros anónimos e indeterminados y no a partes intervinientes y creadoras de relaciones individuales (...)*⁷

En consecuencia, decimos que el recurso de anulación o por exceso de poder, es aquel que persigue el restablecimiento de la legalidad de un acto general, abstracto y permanente; que afecta a una generalidad indeterminada de administrados; es así, que quien acredite tener interés legítimo sobre el acto impugnado, podrá interponer el precitado recurso, solicitando para el efecto, la declaratoria de nulidad del acto impugnado.

c) RECURSO DE LESIVIDAD.- El doctor *Aurelio Guaita*, sostiene respecto de la lesividad, que lo *“decisivo, pues, en el proceso de lesividad, es que la demanda proceda del mismo sujeto público que dictó el acto impugnado”*.⁸

Patricio Secaira, respecto de la lesividad sostiene que *“existen actos administrativos que no pueden ser revocados por el órgano público que los emitió en razón que sus efectos jurídicos creó derechos subjetivos a favor de un administrado. De esa manera, si el acto o resolución benefician al administrado los efectos de la decisión no están a disposición de la administración pública la cual no está en capacidad jurídica de ejercer la autotela. La misma que será aplicable a otros actos administrativos. Precisa el autor que, cuando estos actos irrevocables por la administración afectan el interés público el derecho administrativo instituye una solución jurídica al problema para precautelar el interés de la sociedad y el imperio de la juridicidad. Esta institución jurídica se denomina acción de lesividad administrativa, que consiste en la atribución legal que obliga al titular del órgano administrativo o a la máxima autoridad del ente público a emitir un nuevo acto administrativo por el cual le declara lesivo al interés público el acto o resolución que lo motiva”*⁹.

Por tanto, respecto de la lesividad, sostenemos que es aquella acción contencioso administrativa, instituida por la Administración, contra un acto emitido por ella, el mismo que se repute como atentatorio al interés público y a la vez, no anulable y declarativo de derechos a favor del administrado.

⁷ ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, *Lecciones de Derecho Administrativo*, Advocatus, 2005.

⁸ GUAITA, Aurelio, *El Proceso Administrativo de Lesividad*, Ediciones Bosch, Barcelona España, 1998 p. 30.

⁹ SECAIRA, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, p. 256.

4.1.4.- CONCEPTOS DE ACTO ADMINISTRATIVO, ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACION, HECHO ADMINISTRATIVO, ACTO NORMATIVO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO:

4.1.4.1. ACTO ADMINISTRATIVO.- Según Rafael Bielsa, *"Es la decisión general o especial de una autoridad administrativa, en el ejercicio de sus propias funciones, y que se refiere a derechos, deberes, e intereses, de las entidades administrativas o de los particulares respecto de ellas"*¹⁰

En este sentido, Lino Fernández sostiene al respecto; lo que sigue: *"La expresión actos administrativos está referida a la actividad del Estado que ejerce una de las funciones fundamentales como es la administrativa, cuya manifestación de voluntad se traduce a través de un conjunto de actos de administración, para alcanzar sus fines políticos jurídicos, económicos y sociales. En sentido amplio el acto administrativo se aplica a toda clase de manifestaciones de la actividad de los sujetos de la Administración Pública; y en el sentido estricto, comprende y abarca a las manifestaciones de la voluntad del Estado para crear efectos jurídicos."*¹¹

Es así, y siguiendo a Rafael Bielsa quien afirma que *"...la Administración Pública decide por propia iniciativa y atribución como ejecutora de la Ley..."* se colige entonces, que los actos administrativos, se estiman como manifestaciones de la voluntad administrativa, las mismas que engendran condiciones o situaciones jurídicas; las mismas que se hallan contenidas en actos administrativos¹²; surtiendo así, efectos jurídicos directos e indirectos a los administrados. El profesor Gustavo Penagos cita a Georges Dupuis, quien respecto del acto administrativo; sostiene: *"Es un acto normador de carácter unilateral"*¹³, definición, que desde mi punto de vista, carece de objetividad, tornándose así, en escueta e imprecisa para fines de análisis, más Roberto Dromi; establece una definición mucho más lúcida, respecto del acto administrativo, cuando deduce que es toda declaración de la voluntad administrativa; de carácter unilateral, la misma que surte efectos jurídicos directos al administrado¹⁴, concepto ampliamente recogido por las legislaciones de esta región, incluyendo nuestro país, tal cual como se puede colegir de la ERJAFE o del mismo COOTAD. En consecuencia, decimos entonces, que el acto administrativo; es una declaración

¹⁰ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980, p. 2*

¹¹ FERNÁNDEZ, Lino, *Derecho Administrativo, La Paz Bolivia, Editorial "G.H", 1989.*

¹² BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980, p. 1*

¹³ PENAGOS, Gustavo, *El Acto Administrativo, Tomo I, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996, p. 105.*

¹⁴ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 143.*

unilateral de la voluntad administrativa; la misma que surte efectos jurídicos directos para los administrados.

Ahora bien, siguiendo el mismo orden de ideas, decimos que el acto administrativo, está compuesto por los siguientes elementos fundamentales:

Los elementos del acto administrativo se dividen en tres secciones y éstas son:

- Subjetivos
- Objetivos; y,
- Formales

A) ELEMENTOS SUBJETIVOS:

El sujeto.- El sujeto es aquel que emite el acto administrativo, es decir, la Administración Pública, por intermedio de cualquiera de sus órganos, facultados para el efecto, en razón del grado, la materia y el territorio.

Competencia.- Es la condición jurídica; imputable por ley al órgano administrativo, la misma que le permite al emisor, dictar actos administrativos en el ámbito de su accionar; esto, a fin de viabilizar sus objetivos; los cuales, deben guardar consonancia con el ordenamiento jurídico positivo.

B) ELEMENTOS OBJETIVOS.-

Los elementos objetivos de un acto administrativo, son tres a saber:

- Objeto
- Causa
- Fin

Objeto.- Es el contenido mismo del acto administrativo; es decir, la materia sobre la cual ha de versar, en razón de la naturaleza de la competencia por la materia del emisor. Es así, que el objeto de todo acto administrativo, debe ser cierto, lícito, y real, así como también identificable, verificable y jurídicamente sustentable. Así también, el

objeto de todo acto administrativo, debe ser lícito, cierto, posible y determinado y permitido por la norma jurídica.

Causa.- Es el móvil superpuesto por la Administración Pública, para la emisión del acto administrativo.

Finalidad.- La finalidad del acto administrativo, es su proyección, es decir, el objetivo que persigue la Administración por intermedio de su emisión. En definitiva, la finalidad yace sobre lo que procura el acto administrativo; una vez, que acuse ejecutoriedad y con ello existencia en el mundo jurídico. El fin del acto administrativo debe ser determinado, de interés general y particular; este último, en razón de la naturaleza jurídica del acto.

C) ELEMENTO FORMALES.-

Son aquellas formalidades de rigor, cuya existencia, garantiza la legitimidad del acto administrativo en el mundo jurídico. Entre las más importantes tenemos:

- Forma
- Motivación
- Eficacia

Forma.- Es el conjunto de requisitos de carácter superlativamente formal, cuya existencia garantiza la legitimidad externa del acto tales como su debida suscripción, la existencia de informes previos, concretamente cuando la ley así lo demanda, etc.

Motivación.- Son aquellas circunstancias de hecho y de derecho sobre las cuales versa el objeto y la finalidad del acto administrativo. Este requisito, advierte la congruencia que debe primar entre los antecedentes de hecho, el objeto y el fin del acto administrativo; caso contrario, operará la nulidad del acto. (Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.)

Eficacia.- Los actos administrativos, se tendrán por eficaces jurídicamente, cuando éstos hayan sido conocidos por el o los administrados, fundamentalmente, cuando el acto, surte efectos jurídicos que lesionan sus intereses particulares o generales. La jurisprudencia, al respecto, sostiene que la plena sustantividad de un acto

administrativo, opera, cuando éste ha sido notificado oportunamente. En consecuencia, estaremos ante un acto ineficaz, cuando éste no ha sido notificado al administrado, en las formas y tiempos previstos en la ley.

Asimismo, y en razón de los conceptos antes señalados, concluimos que son características de los actos administrativos, las siguientes:

- Estabilidad
- Impugnabilidad
- Ejecutoriedad
- Ejecución

Estabilidad.- Desde su nacimiento, al acto administrativo se lo presume por estable, por cuanto se supone que nace de la ley, y paralelamente, por cuanto, armonizan a la entidad emisora, generando derechos y obligaciones para los administrados. Asimismo, se supone que los actos administrativos son estables, por su finalidad que versa sobre lo colectivo o sobre lo individual; según sea el caso.

Impugnabilidad.- Todo acto administrativo, si bien es cierto que se presume por válido y legal; desde el momento de su emisión y su posterior eficacia, no es menos cierto afirmar, que dicha presunción entrará en controversia en tanto y en cuanto, el administrado acuse la interposición de los recursos administrativos o judiciales de rigor; que cuestionen la legitimidad del acto impugnado. Por tanto, se concluye que todo acto es impugnable y causará ejecutoriedad, en tanto y en cuanto, se resuelva la impugnación, sea esta que se haya activado en sede administrativa o judicial; según sea el caso.

Ejecutoriedad.- Es la condición del acto administrativo, en cuanto al hecho, de que una vez alcanzada la misma, es posible garantizar su ejecución. La ejecutoriedad del acto administrativo, procederá cuando se hayan agotado las vías de impugnación que prevea la ley para su posible reversión. La ejecutoriedad del acto administrativo, se tendrá por tal, posterior a la notificación del acto y fundamentalmente, de manera aleatoria, una vez resuelta la impugnación; por el órgano jurisdiccional o administrativo competente.

Ejecución.- Constituye la materialidad de la finalidad del acto administrativo.

4.1.4.2.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN.- Siguiendo a Dromi, decimos que el acto de simple administración es *“la declaración unilateral interna o **interorgánica**, realizada en el ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos **individuales** en forma indirecta. Son simples actos de la administración las propuestas y los dictámenes”*¹⁵

Por lo tanto, decimos que los actos de simple administración, son aquellas declaraciones unilaterales de la voluntad administrativa, las mismas que surten efectos jurídicos indirectos respecto de los administrados, en la medida, de que, el acto administrativo general o particular, derivará del o de los actos de simple administración, dictados en forma preliminar o previa.

4.1.4.3.- ACTOS NORMATIVOS.- La doctrina sostiene que el acto normativo es aquella *“manifestación de voluntad excepcional de la administración, que nace del ejercicio de una potestad legislativa material atribuida a un órgano estatal específicamente determinado. Éste, produce efectos generales y no particulares, como el acto administrativo.”*

Así mismo, siguiendo a ZAVALA EGAS, éste considera que *“el acto normativo, es aquél que está direccionado a una pluralidad de personas que son indeterminadas”*.¹⁶

Roberto Dromi, respecto del acto normativo, sostiene: *“es una norma jurídica de carácter general.”*¹⁷

Por lo tanto y en virtud de las acepciones antes señaladas, decimos que los actos normativos; son aquellas declaraciones unilaterales de la voluntad administrativa, las cuales, surten efectos jurídicos directos y objetivos o generales. El acto normativo, no deja de ser tal, aun cuando sus destinatarios hayan sido individualizados, en la medida de que la decisión involucre a una generalidad.

4.1.4.4.- HECHOS ADMINISTRATIVOS.- El profesor Herman Jaramillo lo define como: *“Es todo suceso o acontecimiento externo que se vincula con el derecho, ejecutado con o sin la concurrencia de la voluntad de los órganos de la Función*

¹⁵ DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, Editorial Ciudad Argentina, 9° Edición.

¹⁶ ZAVALA EGAS, Jorge, *Derecho Administrativo Tomo I*.

¹⁷ DROMI, Roberto *Derecho Administrativo*, p. 341.

Administrativa que, al igual que el acto jurídico, produce consecuencias jurídicas, como la creación, modificación extinción de derechos y obligaciones...”¹⁸

Por lo tanto, concluimos que el hecho administrativo, es toda actividad material ejecutada por la Administración; la misma que produce efectos jurídicos directos e indirectos; sin necesidad de que haya mediado acto administrativo previo.

4.1.4.5.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- El doctrinario venezolano Allan Randolph Brewer Carías, considera que los contratos suscritos por la Administración, gozan de ciertas particularidades, que los hace diferentes, respecto de los contratos que corresponden al derecho privado; por el hecho mismo, que interviene el Estado, sugiriendo la aplicación de normas especiales para su celebración y ejecución. En este sentido, el precitado doctrinario sostiene: *“Estos contratos forman, dentro de los contratos de la administración, la categoría particular de los contratos administrativos.”¹⁹*

El doctrinario Miguel Ángel Bercaitz, considera que existen dos especies de contratos administrativos, siendo éstos, los puramente naturales y los puramente legales, es así, que al respecto sostiene: *“...aquellos celebrados por la Administración Pública con un fin público, circunstancia por la cual pueden conferir al cocontratante derechos y obligaciones frente a terceros, o que, en su ejecución, pueden afectar la satisfacción de una necesidad pública colectiva, razón por la cual están sujetos a reglas de derecho público, exorbitantes del derecho privado, que colocan al cocontratante de la administración pública en una situación de subordinación jurídica.”²⁰*

Respecto de la definición antes señalada, se colige adicionalmente, que los contratos administrativos, no solamente pueden ser celebrados por la Administración Pública y los particulares, sino también, por dos órganos de la administración. Sobre este punto, seguimos a Marienhoff; para quien, el contrato administrativo, es *“...el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano*

¹⁸ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman, *Manual de Derecho Administrativo*, Loja, Facultad de Jurisprudencia de Loja, 1999, p. 4.

¹⁹ BREWER CARÍAS, Allan Randolph *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p.182.

²⁰ BERCAITZ, T Miguel Ángel *Teoría General de los Contratos Administrativos*, 2da. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, pag. 246 y 247.

*administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas.*²¹

En virtud de las consideraciones antes señaladas, decimos que el contrato administrativo, es toda declaración multilateral sostenida entre la Administración y los particulares o los administrados o entre instituciones públicas, los cuales surten efectos jurídicos directos entre los intervinientes y que tienen por finalidad, el cumplimiento de fines públicos.

4.1.5.- CONCEPTOS DE ILEGALIDAD, NULIDAD Y ANULABILIDAD, REVOCACION, INCONSTITUCIONALIDAD, INCUMPLIMIENTO E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, ACTOS NORMATIVOS, HECHOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.

4.1.5.1. ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, DEL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, DEL ACTO NORMATIVO, DEL HECHO ADMINISTRATIVO Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.- La doctrina internacional, reconoce a la ilegalidad del acto administrativo, así como del acto de simple administración, del acto normativo, del hecho administrativo y del contrato administrativo, como todo vicio de fondo del cual es susceptible el acto, hecho o contrato.²² Sin embargo, la jurisprudencia nacional, respecto de la ilegalidad, sostiene: *“...Conforme ha señalado, en numerosas ocasiones, esta Sala, la ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie, en tratándose de un recurso subjetivo como es el propuesto por el recurrente; siempre que se viola un derecho subjetivo del recurrente o se emite un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión se está ante un acto ilegal...”*²³

Del concepto antes señalado, se colige entonces, dentro del ámbito de nuestra doctrina, que la ilegalidad de un acto, hecho o contrato, opera fundamentalmente, cuando en él, no convergen los requisitos que le son esenciales, es decir, cuando éstos no se hallan configurados en lícito sentido y forma o fundamentalmente cuando la manifestación de la administración, inobserva el ordenamiento jurídico vigente.

²¹ MARIENHOFF, Miguel S. *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, 1983, pág. 34.

²² *La ilegalidad del acto administrativo, del acto de simple administración, del acto normativo, del hecho administrativo y del contrato administrativo es, entonces, un hecho objetivo, resultado de la constatación que hace el juzgador de cada uno de los elementos del acto, hecho o contrato, y los presupuestos establecidos por la norma jurídica y si el acto, hecho o contrato, se estima viciado, tal vicio será una causa potencial de su invalidez.*

²³ Serie 18, Gaceta Judicial 9 de 09-nov-2009.

4.1.5.2. NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO, DEL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, DEL ACTO NORMATIVO, DEL HECHO ADMINISTRATIVO Y DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO.-

Generalmente se dice que el concepto de nulidad es de carácter equívoco y ambiguo, por cuanto, convergen diversos modos o acepciones por las cuales opera la nulidad de un acto, hecho o contrato. Ernesto Gutiérrez y González, sostiene respecto de la nulidad, lo que sigue: *“se piensa en la nulidad como si fuera un estado permanente de ciertos actos, hechos o contratos, y eso es un error, pues no hay nulidad, sino actos, hechos o contratos nulos.”*²⁴

Varios autores españoles, entre ellos, Santamaría Pastor, comentan que respecto de la nulidad; existe un verdadero conflicto doctrinal, puesto que para referirse a la invalidez de los actos, hechos o contratos, se utilizan términos como nulidad, anulabilidad, ineficacia, anomalía, invalidez, inutilidad, irrelevancia, irregularidad, inoponibilidad, ilegitimidad, ilicitud, ilegalidad, imperfección, revocabilidad, impugnabilidad, nulidad *ipso jure*, de pleno derecho, etc.²⁵

Bajo este contexto; diríamos quizás, que la invalidez del acto, hecho o contrato, puede ser definida, siguiendo a MORENO MOLINA²⁶ y otros, como un estado de vicio o embarazo (estado patológico), constituido, por la inexistencia o indebido planteamiento o concepción de cualquiera de sus elementos formales o materiales.

Siguiendo a Tron Petit y Ortiz Reyes, autores ya mencionados, considero que el régimen de la nulidad del acto, hecho o contrato, se determina, según el siguiente orden:

1) Ilegitimidad (irregularidad o disconformidad jurídica), de presentarse se podrá ejercer la acción de...2) Nulidad (técnica procesal o sistema de acciones) que permiten al juez declarar la...3) Invalidez del acto, hecho o contrato, siempre y cuando no concurren...4) Razones no invalidantes o de conservación del acto hecho o contrato (vicios insubsanables, siendo éstos, de incompetencia del órgano constituyente del acto, hecho o contrato u omisión de formalidades para sus concesiones); que pueden conducir a la...5) Ineficacia como sanción de carácter: a)

²⁴ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. *“Derecho de las Obligaciones”*. Cajica. México. 1965. p. 136.

²⁵ TRON PETOT, Jean Claude y ORTIZ REYES Gabriel. *Op. Cit.*, p. 236.

²⁶ MORENO MOLINA, José Antonio, PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, MASSO GARROTE, Marcos Francisco *“Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico”*. Edit. La Ley. España. 2006. p. 168.

Formal y jurídico: nulidad de pleno derecho o lisa y llana; o, b) Material, fáctica y funcional.

El doctrinario Alberto Pérez Dayan, respecto de los vicios de nulidad del acto, hecho o contrato, sostiene; que son éstos, los siguientes:

“1.- Vicios de competencia. Habrá incompetencia cuando un agente público realiza un acto, hecho o contrato que no estaba previsto dentro de su esfera de atribuciones. Las reglas de competencia son, sin lugar a dudas, presupuestos básicos en el ejercicio de cualquier acción oficial, por ello se dice que obedecen al orden público, por lo que advertida la incompetencia por cualquier órgano de control (administrativo o jurisdiccional), ésta debe ser declarada como tal aun oficiosamente (...)

2.- Vicios en la Voluntad. Error, dolo, violencia.

3.- Vicios en el Motivo.

4.- Vicios en el Contenido. Cuando en el acto, hecho o contrato, el objeto perseguido por el agente administrativo no es posible, lícito o cierto.

5.- Vicios en la finalidad.

6.- Vicios en la forma.

7.- Vicios en los elementos accesorios.”²⁷

En el derecho administrativo, decimos, que la nulidad se desprende de la inexistencia en cuanto a la convergencia del acto, hecho o contrato, ante el ordenamiento jurídico superior, es así, que la nulidad administrativa, no depende celulariamente de cuál requisito ha sido vulnerado; sino de la significancia de la infracción ante el régimen jurídico vigente.

Respecto de la anulabilidad, concretamente de los actos, hechos o contratos, el Poder Judicial Mexicano, a través de la Tesis I.4o.A.443.A del Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito, visible en el Semanario Judicial de la Federación, Noviembre de 2004, página 1914; sostiene: **“ACTO, HECHO O CONTRATO ADMINISTRATIVO. SU VALIDEZ Y EFICACIA NO SE AFECTAN CON MOTIVO DE ILEGALIDADES NO INVALIDANTES QUE NO TRASCIENDEN NI CAUSAN INDEFENSIÓN NI AGRAVIO.-** Si la ilegalidad del acto, hecho o contrato, no se traduce en un perjuicio que afecte al particular, resulta irrelevante tal vicio, en tanto que se obtuvo el fin deseado, es decir, otorgar la oportunidad al gobernado para que ofreciera pruebas y

²⁷ PÉREZ DAYAN, Alberto. “Teoría General del Acto Administrativo”. Porrúa. México. 2006. Op. Cit., pp. 137 y Ss.

alegara lo que a su derecho conviniera. En consecuencia, es evidente que no se dan los supuestos de ilegalidad a que se refiere el artículo 238, fracción III, del Código Fiscal de la Federación, ya que no se afectaron las defensas del particular, por lo que al no satisfacerse las condiciones legales para la eficacia de la ilegalidad en comento, resulta indebido, en el caso, declarar una nulidad cuando la ratio legis es muy clara, en el sentido de preservar y conservar actuaciones de la autoridad administrativa que, aunque ilegales, no generan afectación al particular, pues también debe atenderse y perseguir el beneficio de intereses colectivos, conducentes a asegurar efectos tales como una adecuada y eficiente recaudación fiscal, lo que justifica la prevención, clara e incondicional del legislador, en el sentido de salvaguardar la validez y eficacia de ciertas actuaciones. Y es así, que el artículo 237 del Código Fiscal de la Federación desarrolla el principio de presunción de legitimidad y conservación de los actos, hechos y contratos administrativos, que incluye lo que en la teoría del derecho administrativo se conoce como 'ilegalidades no invalidantes', respecto de las cuales, por supuesto, no procede declarar su nulidad, sino confirmar la validez del acto o hecho administrativo. Luego entonces, es necesario que tales omisiones o vicios afecten las defensas del particular y trasciendan al sentido de la resolución, actuación o convención impugnada y que ocasionen un perjuicio efectivo, porque de lo contrario el concepto de anulación esgrimido sería insuficiente y ocioso para declarar la nulidad de la resolución, convención o actuación administrativa impugnada."

Es por esto, que las características convergentes al estado de anulabilidad del acto, hecho o contrato; son las siguientes:

- Su extinción produce efectos tan solamente para el futuro (*ex nunc*), por lo tanto, no produce efectos retroactivos;
- El órgano administrativo emisor, puede revocarlo por sí mismo, en tanto y en cuanto, el acto, hecho o contrato haya reconocido derechos subjetivos y si reúne las condiciones de la condición denominada "cosa juzgada administrativa"; según sea el caso.
- El acto, hecho o contrato anulable, es susceptible de convalidación o ratificación. Agustín Gordillo, al respecto sostiene: *"Nuevamente aquí, la posibilidad de convalidar o ratificar el vicio depende de la importancia del vicio de que se trata en cada caso concreto: Tratándose en la hipótesis de un vicio que origina sólo la anulabilidad del acto o hecho, el saneamiento es posible."*

- Un acto, hecho o contrato anulable, nace por desviación de poder, es decir, cuando las manifestaciones administrativas antes dichas, han sido emanadas de una autoridad manifiestamente incompetente en razón del grado.
- Asimismo, un acto, hecho o contrato anulable, se tiene por tal, cuando previo a su emisión, no han sido emitidos los correspondientes informes o autorizaciones.
- Los defectos de forma, en tanto y en cuanto, tales omisiones a los requisitos indispensables, comprometan el fin del acto, hecho o contrato o causen perjuicio a los interesados.
- La realización extemporánea de actividades y actuaciones administrativas, salvo por silencio administrativo, en cuyo caso estaremos ante un evento de nulidad absoluta.

Por lo tanto, concluimos que los actos, hechos o contratos anulables, son aquellos los cuales, adolecen de vicios subsanables, los mismos que pueden ser plenamente subsanables por la Administración, previo consentimiento del interesado. El ejercicio mismo de la reparación de un acto o hecho anulable, se denomina “*convalidación*”; en tanto que los actos, hechos o contratos nulos, son aquellos los cuales adolecen de defectos de forma, insubsanables, por lo que, únicamente opera la extinción de aquéllos, en esencia, del acto, por razones de legitimidad.

4.1.5.3. LA REVOCACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ACTOS NORMATIVOS, ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, HECHOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:

La doctrina, en forma general, sostiene que los actos, los hechos y los contratos administrativos, gozan de estabilidad, razón por la cual, no pueden ser revocados, salvo por razones de oportunidad. Es así, que la revocación, se define como la extinción de un acto, hecho o contrato, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; es decir, opera fundamentalmente por el ejercicio discrecional de la Administración, en cuanto a retirar actos, hechos o contratos válidos y perfectos; del mundo jurídico, por contravenir expresamente al interés público o por razones meramente fácticas; que hacen impertinente al acto, hecho o contrato, en la realidad; sea por desaparición de los motivos que lo instituyeron o por causas sobrevinientes que hacen de su objeto, inaplicable.

Sala Arquer, sostiene que la revocación es “*el propósito de volver a llamar a un acto administrativo con la finalidad de retirarlo del ordenamiento por motivos de interés público, lo que implica previamente haber reconocido la existencia del propio acto y de sus efectos.*”²⁸

Por lo tanto, concluimos que la revocación debe tener lugar “*...únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin*”.

4.1.5.4. LA INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ACTOS NORMATIVOS, ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRATIVOS, HECHOS ADMINISTRATIVOS, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.-

Siguiendo a Gordillo, se dice que el acto, hecho, contrato o procedimiento inexistente, “*es aquél que incurre en un vicio de carácter gravísimo, craso e insubsanable, que lo hace legalmente insubsistente.*”²⁹

Respecto de esta figura jurídica, la doctrina supone los siguientes supuestos esenciales:

- La acción para impugnar un acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo inexistente, es imprescriptible.
- Su extinción produce efectos retroactivos;
- Tanto el órgano administrativo emisor como el órgano jurisdiccional competente, previa impulsión; gozan de la capacidad de comprobar, en cualquier momento, la inexistencia del acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo.
- El acto, hecho, contrato o procedimiento inexistente, supone la convergencia de vicios insubsanables y crasos O EN SU DEFECTO, LA INEXISTENCIA DE NORMA JURÍDICA PREVIA O PERMISIVA.
- La Administración puede declarar la inexistencia de un acto, hecho, contrato o procedimiento, de oficio; sin necesidad de trámite previo.

²⁸ SALA ARQUER, J.M, *La revocación de los actos administrativos en el Derecho Español*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, pp. 183 y 184.

²⁹ GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*.

- Estrictamente, el acto, hecho o contrato, que aparenta ser manifestación o actuación administrativa, carece de presunción de legitimidad, razón por la cual, no obliga a los particulares o a los funcionarios públicos, según sea el caso, al cumplimiento de su objeto.

4.1.5.5.- INCONSTITUCIONALIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y ACTOS NORMATIVOS E INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, HECHOS ADMINISTRATIVOS, CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS.-

Según Bartolomé Fiorini considera que no sólo las leyes tienen fundamento en la Carta Suprema, sino también los actos, hechos, contratos y procedimientos del poder público, en virtud de que esta *“juridicidad que crea la Constitución es la materia primaria para todos los actos o hechos estatales pequeños, grandes, buenos, malos, oportunos, ineficaces, etcétera”*³⁰ El autor precisa que también el acto, hecho, contrato o procedimiento, encuentra su validez en este ámbito de juridicidad; forjado por la norma constitucional, al igual que sus presunciones de existencia y ejecutoriedad; según el caso, y sostiene que si no existiría en la Constitución la norma permitiva, no existiría potestad jurídica, ni actividad administrativa, y menos aún, función administrativa del poder administrador, por eso, señala que *“el poder administrador debe quedar sometido siempre a la Constitución y no solamente a la ley”*³¹

Por lo tanto, decimos que el acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo, de naturaleza inconstitucional, es aquel que contraviene al ordenamiento constitucional; sea vulnerando derechos constitucionales del administrado o en su defecto, contraviniendo por su estructura, al régimen constitucional superior.

En cuanto a la sanción constitucional de incumplimiento, ésta refiere a la inejecutabilidad de los actos normativos o actos administrativos de carácter general respecto de la Administración, sea por inactividad propiamente dicha o por la emisión de decisiones, manifestaciones, operaciones o convenciones administrativas que, en razón de su finalidad u objeto, inobservan el ordenamiento jurídico vigente.

4.1.6.- CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- Agustín Gordillo, respecto del procedimiento administrativo, lo define como: *“una secuencia o serie de*

³⁰ FIORINI, Bartolomé, *Teoría Jurídica del Acto Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s/f, p. 61.

³¹ *Ibíd.*

actos que se desenvuelven progresivamente, con el objeto de llegar a un acto estatal determinado."³² Por lo antes señalado, decimos entonces que el procedimiento administrativo, se define como el conjunto de trámites; el cual debe observar la Administración, con la finalidad de dar cumplimiento a su actividad. Diríamos también, que el procedimiento administrativo, es aquella secuencia de actos las mismas que garantizan las concesiones públicas y los derechos individuales desarrollados por la Administración; todo esto, con la finalidad de decidir una cuestión en concreto. Ahora bien, de los conceptos anteriormente señalados, se concluye: a) Que el procedimiento administrativo, se tiene como un instrumento jurídico para la materialización de la voluntad administrativa, es decir, para el cumplimiento los fines de la Administración; b) Si bien es cierto que los actos administrativos, pueden ser dictados, sin necesidad de trámite previo, no por esto, significa que previo a la emisión de todo acto, se requiera de una serie de actos preliminares para su formulación final; c) El procedimiento administrativo, tiene como finalidad, contribuir a la formación del acto administrativo final; y, d) El procedimiento administrativo, nace fundamentalmente; del ejercicio de la función administrativa.

El procedimiento administrativo, está compuesto por la siguiente secuencia de actos y actuaciones:

- I. **Iniciación.-** El procedimiento administrativo, puede ser iniciado; o bien de oficio o en su defecto, a petición de parte.
- II. **Formalización.-** El procedimiento administrativo, se formaliza mediante el respectivo expediente administrativo.
- III. **Sustanciación.-** La sustanciación del trámite administrativo, es el conjunto de secuencias que se proyectan a dirimir la controversia sometida a conocimiento de la Administración.
- IV. **Comparecencia.-** Consiste en la presentación del administrado, ante el órgano administrativo, con la finalidad de deducir sus excepciones y justificaciones.
- V. **Plazos.-** El procedimiento administrativo, es decir, cada una de las etapas que los instituyen, serán desarrolladas dentro de ciertos plazos específicos; so pena de incompetencia de la Administración.
- VI. **Notificaciones.-** Cada uno de los actos secuenciales que integran el procedimiento administrativo, deben ser notificados al interesado o

³² GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*; pág. PRA-I-1

administrado, con la finalidad de que pueda ejercer sus derechos reflejos.

- VII. **La prueba.-** Esta secuencia o etapa procedimental, es inherente a los procedimientos administrativos sancionatorios o disciplinarios, la misma que persigue, que el administrado o sumariado, pueda ejercer su derecho a la defensa y a la probanza de sus afirmaciones y excepciones.
- VIII. **Resolución Administrativa.-** Es el acto final, resultante del procedimiento administrativo, el cual, contiene en definitiva, el discernimiento de la controversia y la decisión de la Administración, respecto del conflicto sometido a su conocimiento y resolución.
- IX. **Impugnación.-** Es la facultad inherente al administrado, referente a la proposición o interposición de recursos administrativos de impugnación, que tienen por finalidad; la revisión del acto final, por parte de la Administración.

Ahora bien, son principios del procedimiento administrativo, las siguientes:

- I. **Imparcialidad** del Órgano Administrativo que conoce y resuelve la controversia.
- II. **Legalidad Objetiva;** es decir, que la Administración debe garantizar al administrado, su derecho a una defensa amplia, en la medida de abordar una verdad irrefutable a la luz del derecho positivo.
- III. **Impulsión de Oficio,** es decir, que la Administración debe ejecutar el procedimiento administrativo, aún sin que exista petición de parte, todo esto, con la finalidad de resolver el asunto, a la luz de la verdad material.
- IV. **Verdad Material,** es decir, que la Administración debe ejecutar cuanta diligencia fuese necesaria con la finalidad de conocer la realidad de los hechos que han sido sometidos a su conocimiento.
- V. **Económica, celeridad y eficacia;** es decir, que debe ser expedito, sin perjuicio para el administrado; y además, sin ritualidades dilatorias.
- VI. **Debido proceso;** es decir, que se garantizará el derecho a la legítima defensa al administrado así como el respeto y el imperio de la norma jurídica positiva y constitucional (derecho a presentar pruebas, derecho a una decisión fundamentada o motivada, derecho del indubio pro administrado, etc.)
- VII. **Informalismo a favor del administrado,** es decir, que aquellas omisiones no esenciales, podrán ser subsanadas en cualquier tiempo, mientras permanezca

vigente el procedimiento administrativo y antes de emitir el acto administrativo final o definitivo.

- VIII. **Ausencia de ritualismos**, es decir, de formalidades que causan dilación del procedimiento administrativo.
- IX. **Delegación Material**, es decir, la desconcentración de la potestad administrativa a un órgano inferior; en la medida de garantizar la celeridad y eficacia del procedimiento administrativo.
- X. **Contradicción**; en la medida que la Administración debe reconocer la igualdad ante la ley, respecto del administrado.
- XI. **Buena fe y lealtad procesal**; es decir, que la Administración deberá precautelar que el ejercicio del procedimiento administrativo, se efectúe con estricto apego a derecho y a la verdad; evitando así, el uso de artimañas o engaños que confundan el criterio de la Administración.
- XII. **Gratuidad**; en la medida que la Administración facilitará al administrado, las herramientas necesarias para el ejercicio de su defensa o de su participación.
- XIII. **Libre Flujo de Información**; en la medida que debe garantizarse al administrado, el acceso a la información de la entidad, con la finalidad de que pueda ejercer su derecho de defensa
- XIV. **Publicidad**; aplicable en materia contractual, es decir, que la Administración difunda en debida forma, sus necesidades; a fin de garantizar la participación de los particulares.
- XV. **Transparencia**; en cuanto al contexto de desarrollo del procedimiento administrativo.
- XVI. **Probidad**, respecto de quien dirige el procedimiento administrativo.
- XVII. **Obligación de Resolver**; es decir, que la administración debe dictar el acto administrativo de rigor, dentro de los plazos que la ley ha previsto para tales fines, y que tenga por finalidad, el discernimiento equilibrado y legal del conflicto sometido a su conocimiento.
- XVIII. **Prescripción y caducidad**.- El procedimiento administrativo, podrá ser incoado dentro de un cierto tiempo, previsto expresamente por la ley, en tanto que la caducidad, se tendrá por yuxtapuesta, sobre la vigencia del procedimiento administrativo en el tiempo.

4.1.7.- CONCEPTO DE NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.- La doctrina, respecto de este punto, no precisa concepciones acertadas y suficientes en sí mismas, razón por la cual, me permito formular la

siguiente conceptualización, en la medida de garantizar una apreciación lo más acertada posible a derecho.

La nulidad del procedimiento administrativo, es el vicio que reporta, la omisión de cualquiera de las formalidades legales previstas para la iniciación de aquél o de cualquiera de las actuaciones que lo componen. La declaratoria de nulidad, es con efectos retroactivos, es decir, que el procedimiento se retrotrae hasta el momento mismo del vicio, lo que, constriñe a la Administración, a reiniciar de nueva cuenta, todas las fases declaradas nulas. La nulidad del procedimiento administrativo, radica fundamentalmente en la omisión de las formalidades vinculantes a su iniciación, es decir, que si el acto de iniciación, adolece de nulidad, el procedimiento automáticamente se retrotrae hasta el momento mismo de la iniciación, lo que obligará a la Administración, a dictar un nuevo acto de inicio. Ahora bien, un acto final y definitivo, puede ser susceptible de nulidad, en la medida, de que previo a su emisión, se han omitido las formalidades propias del procedimiento administrativo que le es anterior, razón por la cual, la nulidad del acto definitivo, opera, pero surte efecto retroactivo, hasta el momento mismo del vicio, y de nueva cuenta, se reinicia el procedimiento administrativo. Ahora bien, el vicio que provoca la nulidad del procedimiento administrativo, es meramente formal, pero meramente objetivo, en la medida de que, dicho vicio, haya causado gravamen irreparable o en su defecto haya influido en la decisión de la causa, es decir, oscureciendo el criterio de la administración. Por esta especie de nulidad procesal, se causa afectación directa al acto administrativo final o definitivo, resultante del procedimiento viciado. Es por ello, que existen varias especies de irregularidad, en las que el vicio es plenamente subsanable, razón por la cual, no es meritorio dictar la nulidad del procedimiento en estos casos, sino la anulabilidad de las actuaciones y en consecuencia, convalidarlas en legal forma, sin efectos retroactivos. Es así, que la nulidad del procedimiento administrativo o del acto administrativo final y definitivo, procede cuando el vicio, es decir, la omisión de la Administración, ha causado gravamen irreparable al administrado, sea por la violación de un derecho reflejo o un derecho subjetivo (acto final); o cuando dicha omisión haya influido en la decisión de la causa administrativa, es decir, haya distraído el principio de legalidad objetiva y de verdad material, que son de observancia "*iure imperr*" para la Administración.

Por lo tanto, la nulidad del procedimiento administrativo, es una sanción administrativa, que nace de la metamorfosis y tergiversación estructural del procedimiento administrativo, lo que puede provocar, la nulidad de éste; radicado en su iniciación o

durante su desarrollo o en el acto administrativo final y definitivo, resultante del procedimiento administrativo viciado.

En cuanto a la anulabilidad del procedimiento administrativo, decimos que ésta, opera cuando ha intervenido en su iniciación, una autoridad administrativa incompetente en razón del grado o en su defecto, cuando se han omitido informes previos o autorizaciones a priorizadas a su instauración. Así mismo, cuando se han omitido las formalidades que son sustanciales para su consecución, causando así perjuicio a los interesados o a la legitimidad de las actuaciones y finalmente cuando las estaciones procedimentales, propias del procedimiento administrativo, han sido omitidas o realizadas fuera del tiempo previsto en la ley.

4.1.8.- CONCEPTO DE CANCELACION Y DECLARATORIA DE DESIERTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS-PRECONTRACTUALES:

William López Arévalo, sostiene que la cancelación del procedimiento precontractual es *“...el acto administrativo por el cual, la máxima autoridad de la Entidad Contratante, en la etapa comprendida entre la convocatoria y veinticuatro horas antes de la presentación de las ofertas, declara mediante resolución motivada cancelado el procedimiento de contratación sin derecho a indemnización alguna, por concurrir una o más causas legales.”*³³ Siguiendo a López Arévalo, respecto de la declaratoria de procedimiento desierto, sostiene: *“Es el acto administrativo mediante el cual la máxima autoridad del Ente Estatal, antes de resolver la adjudicación, declara desierto el procedimiento de manera total o parcial por una o más causas establecidas en la ley.”*³⁴

Por lo tanto y en razón de los conceptos anteriormente señalados, concluimos que la cancelación del procedimiento administrativo-precontractual, se define como el acto administrativo, de naturaleza extintiva, por intermedio del cual se declara la cancelación del procedimiento precontractual, fundamentalmente cuando aquél ha incurrido en las causales que prevé la ley para tales efectos, en tanto que la declaratoria de procedimiento desierto, se define como el acto administrativo, de naturaleza extintiva, cuya finalidad consiste en declarar desierto, total o parcialmente

³³ LÓPEZ ARÉVALO, William, *Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica del Ecuador*, págs. 175 y 176.

³⁴ *Ibíd.*

el procedimiento precontractual, en esencia, cuando éste ha incurrido en las causales previstas en la ley.

4.2.- MARCO DOCTRINARIO:

4.2.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; SEGÚN LA DOCTRINA:

Con la finalidad de deducir el criterio más puro y fidedigno; de un término enteramente abstracto como lo es la “Administración Pública”, es conveniente acudir a su raíz latina; es así que, el término *administración* viene del latín *administrare*, de *ad* (a), y *ministrare* (servir), que significa *servir a*, y que, en principio, advierte toda acción o actividad proyectada hacia un fin en específico, esto es, que más allá de subordinación, constituye acción al servicio de una finalidad específica. Se ha determinado también que *administrare* se integra del prefijo *ad*, al sustantivo *manus* y al verbo *trahere*, que aluden al sentido de dirección, manejo o gestión de intereses o de ciertos medios enfocados hacia un propósito común. Dichas raíces latinas advierten, entonces, que administrar es la acción de ejecutar algo hacia un propósito de servicio. Como ciencia, la Administración se define como la disciplina que proporciona los principios cuya observancia y ejecución, permiten obtener en escala variable, éxito en la gestión o dirección de algo; y, vinculado esto, al Derecho Administrativo, que es parte del Derecho Público, constituye entonces, el conjunto de órganos o entes orgánicos encargados de cumplir y hacer cumplir los múltiples cometidos del Estado y atender los servicios que él presta por tal calidad. La administración se torna pública cuando la actividad administrativa se ejecuta al servicio de una colectividad políticamente organizada, con fines comunes y específicos, sea como administración pública de un gobierno o como administración pública de un Estado. Al tratarse de acciones y servicios desarrollados en función del bien común, hablamos de administración pública como una estructura orgánica (objetiva) y finalista (subjetiva). Orgánica, por cuanto, constituye el conjunto de acciones orientadas hacia un fin común, con prescindencia del órgano ejecutante, es decir, encaminada a la integración de la actividad individual atento al interés colectivo; y, finalista, por cuanto constituye un aparato administrativo al que la ley ha atribuido la función de administrar. Según lo que establece la doctrina, la administración es toda actividad del Estado que queda una vez separada de las funciones legislativa y judicial, actividad que es ejercida mayormente por la función ejecutiva, pero no de manera privativa, ya que las otras Funciones del Estado, realizan, también, actividades administrativas. Para el tratadista Jaime Orlando Santofimio, “*La administración pública constituye un conjunto de órganos y funciones activos en la consecución de los fines estatales, concepto que, visto desde las características de las acepciones gramaticales que pretende identificar su contenido, nos aproxima a las ideas de dirección, cuidado, gestión, decisión,*”

*orientación, aplicación, organización y planificación*³⁵. Es así entonces, que el derecho administrativo emerge en la actividad más pura de la administración; la cual se halla integrada por el conjunto de entes y organismos estatales, creados por la ley, los mismos que actúan bajo el ángulo de un marco legal expreso y existente; e investida de prerrogativas y exorbitancias que ciertamente no suelen otorgarse a los particulares o administrados.

Por lo tanto, se concluye que como actividad, la administración tiene las siguientes características:

- 1) Es heterónoma, es decir, que está programada por y para el derecho.
- 2) Tiene relevancia jurídica porque cualquier manifestación de la Administración, sea ésta, formal o material, debe estar regida por el derecho.
- 3) Es una actividad objetiva que se somete plenamente al derecho, pues todos los actos de la administración pública sugieren como condición para su validez, su ajuste inalterable a la ley.
- 4) Se caracteriza por la eficacia, en cuanto al hecho de que su actividad, es la consecución material de fines y objetivos.
- 5) Lleva implícita la responsabilidad de indemnizar cualquier daño o perjuicio que sufran los ciudadanos como consecuencia de la deficiente prestación de los servicios públicos o el desconocimiento o la falta de reconocimiento de los derechos subjetivos inherentes a los administrados.
- 6) Es plenamente justiciable, en órbita jurisdiccional.
- 7) Se halla investida de discrecionalidad en la decisión y ejecución de sus actos, sin embargo, dicha discrecionalidad, en cuanto a su ejercicio, jamás podrá alterar la naturaleza de la ley y de la lógica jurídica.

La subordinación de la administración a la ley y la subordinación del administrado a la Administración; advierten necesariamente, el control de la legalidad de sus relaciones

³⁵ SANTOFIMIO G, Jaime Orlando, *Derecho Administrativo*, Dpto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 1996, página 125.

y actuaciones, condición que le confiere tanto a la Administración como a los Administrados, la capacidad legal de acudir a los tribunales de justicia; a exigir el control de la legalidad de las diversas actuaciones emanadas, o bien por la Administración o bien por el Administrado, según sea el caso; en tanto y en cuanto, se tengan por desviadas al amparo jurídico. Por estas consideraciones, se concluye, que el derecho administrativo se define como el conjunto de normas y principios; de orden legal, que regularizan el ejercicio de la función pública, cuya actividad alcanza materialidad; a través del perfeccionamiento de distintas formas jurídicas, previstas en la ley, tales como el acto administrativo, acto normativo, acto de simple administración, hecho administrativo y contrato administrativo respectivamente. Sin embargo, y en la experiencia propia de nuestro país, la Administración Pública, se desarrolla en diferentes escenarios del espacio público, volviéndose cada vez más difícil, la determinación y configuración de un aparataje legal que confluya, sistematice y discipline todos los presupuestos que allí convergen, por lo que visto desde esta óptica, resulta por demás claro, que en el Ecuador no se disponga de un cuerpo normativo único que se tenga como el marco jurídico autosuficiente y pertinente, para normar y viabilizar las múltiples relaciones Estado-Administrado, en los diferentes ámbitos del ejercicio público.

Es así, que se habla indistintamente de sector público y administración pública, ésta última concebida como expresión representativa de la moderna estructura orgánica del Estado Social de Derecho, proclamado así en la Constitución de la República del Ecuador. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, definía a la administración pública como *“La organización, con personalidad jurídica, que desarrolla su actividad para satisfacer el interés general...”*; sin embargo, podría decirse que el sector público; es aquél que está conformado por los entes y organismos encargados de desarrollar las distintas actividades y ejercicios que componen la administración pública, en tanto que la administración pública propiamente dicha (per sé), es la actividad que deben cumplir dichos órganos de acuerdo con las disposiciones legales y constitucionales; es decir, la prestación de servicios públicos y el reconocimiento de los derechos subjetivos inherentes a los administrados y a los particulares en general. A su vez, el artículo 5 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva prescribe que: *“La Función Ejecutiva la ejerce el Presidente de la República quien representa al Estado en forma extrajudicial, ejerce la potestad reglamentaria y tiene a su cargo toda la Administración Pública Central e Institucional ya sea directa o indirectamente a través de sus Ministros o delegados.”* Conforme la norma legal antes citada, la administración

pública central está conformada por la Presidencia y Vicepresidencia de la República y los órganos dependientes o adscritos a ellas y por los Ministerios de Estado y los órganos dependientes o adscritos a ellos. La administración pública institucional está integrada por las personas jurídicas del sector público; creadas por ley, distintas a las que conforman la Administración Pública Central, las mismas que cuentan con patrimonio propio (autónomas); y a las que se les ha encargado la dirección, gestión y control de un servicio público específico o de una actividad en concreto. Todos estos entes públicos, al tenor del artículo 6 del Estatuto en mención, se caracterizan “... *por ser creados, modificados y extinguidos por acto de poder público; tener como propósito facilitar el cumplimiento de determinados servicios públicos, el ejercicio de actividades económicas o la realización...*” de determinados imperios o deberes públicos tendientes a la satisfacción de necesidades comunes. En tal virtud y en el ánimo de alcanzar una fluida relación entre la Administración y los administrados, aparece la figura de la personificación de la administración, con capacidad para ejercitar derechos y contraer obligaciones; lo que le permite a la Administración; expresar sus actos unilaterales de voluntad administrativa; a través de actos administrativos y actos de simple administración y más declaraciones de voluntad. Entonces, concluimos, que la Administración Pública Central; es aquella que goza de personalidad jurídica única en tanto que la Administración Pública Institucional, es aquella que goza de personalidad jurídica propia para el ejercicio de sus competencias. En este contexto; el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece: “*Para los efectos de esta Ley, se entenderá:*

1.- Por administración pública:

- a) *La administración del Estado, en sus diversos grados;*
- b) *Las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional;*
- c) *Los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales;*

2.- *Por personas jurídicas semipúblicas, las creadas y reguladas como tales por la ley, cualquiera sea su denominación, inclusive la de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública”.*

4.2.2. LA IMPUGNACION DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA Y SEDE JURISDICCIONAL:

Ahora bien, una vez analizados los temas anteriores, decimos que la Administración Pública, es aquella que tiene como finalidad; la consecución del bienestar colectivo. Sin embargo, las actuaciones que el Estado; ejecute para alcanzar sus fines; de prestación o reguladores y de control, deben hallarse sometidas al imperio de la legalidad. Cuando existe un resquebrajamiento de esta relación causal; el administrado o administrados; en su calidad de perjudicados por la desviación; gozan de la plena capacidad legal, en razón de la condición que les converge; para acudir a la Administración y solicitar en consecuencia, una respuesta motivada de su decisión; lo que se conoce comúnmente como los reclamos administrativos; institución jurídica prevista en la Ley de Modernización del Estado; la misma que se ventila en sede administrativa. La sede administrativa, tiene por finalidad, que la Administración, o bien, garantice una respuesta motivada respecto de su decisión administrativa, o en su defecto, revierta la existencia de un acto administrativo ilegal o nulo, según sea el caso; y con ello, proteger los derechos del administrado. Más, si en sede administrativa, acusa existencia, la ratificación del acto impugnado, el administrado es capaz de acudir a la instancia jurisdiccional (contencioso-administrativa); a hacer valer los derechos que considere que le han sido vulnerados.

En consecuencia, decimos que el control de orden administrativo de las actuaciones ejercitadas por la Administración; comprende la revisión de sus propios actos, por excitación o impulsión de los recursos de revisión o de apelación, deducidos por el administrado, en tanto que el control de la legalidad de orden jurisdiccional de las actuaciones ejercitadas por la Administración; es aquél que se materializa en sede judicial, y es así que corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa; declarar la congruencia o incongruencia jurídica de un acto de la administración ante el mundo jurídico. La expresión contencioso administrativa, de acepción francesa, define la naturaleza de cierta especie de competencia de índole especial, vinculante al orden administrativo, teniéndose entonces; como una competencia de índole judicial, que tiene por finalidad, dilucidar toda controversia que ponga en tela de duda, la legitimidad de un acto de la administración. Histórica y doctrinariamente, la expresión contencioso administrativo sugiere toda contienda entablada contra la Administración. El tratadista colombiano Carlos Betancur Jaramillo, al referirse al tema, dice que la materia contencioso administrativa “[...] *está constituida por el conflicto jurídico surgido entre el administrado y la administración, en torno a la actividad de ésta considerada como desconocedora del ordenamiento jurídico general o de los derechos subjetivos de aquél y planteado ante un organismo independiente que debe decidirlo mediante una sentencia, aplicando reglas propias. Así, el contencioso da la idea de*

*contradicción o desacuerdo en la valoración jurídica de un acto, hecho o contrato de la administración*³⁶.

Por lo tanto, la doctrina imputa a la jurisdicción contencioso administrativa, las siguientes características:

- 1) En cuanto a las partes procesales, el Estado será siempre parte procesal, sea como actor o como demandado.
- 2) En cuanto al *thema decidendum*, éste, suprayace en cuanto a la afectación de los derechos objetivos o subjetivos del administrado; a través del ejercicio de la potestad administrativa.
- 3) En cuanto a la potestad judicial, el órgano que ejecute la jurisdicción contencioso administrativa, se tiene como ente judicial revisor de los actos de la administración, específicamente, del asunto materia de la impugnación.

En relación con estos principios, a los que se halla sometida la actividad administrativa y el proceso de impugnación judicial relativo a esa actividad, en el que se cuestiona la validez de las manifestaciones de la voluntad administrativa, por revisión posterior, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, ha delimitado los controles de legalidad y constitucionalidad de dicha actividad, en los siguientes términos: *“TERCERO: [...] De tales normas se desprende que corresponde al Tribunal Constitucional resolver sobre la violación directa a las normas de la Constitución Política del Estado, producida por un acto administrativo de cualquiera autoridad pública. Este es el unánime criterio de la doctrina, que constantemente ha diferenciado la violación directa de las disposiciones de la Carta Política del Estado con la indirecta violación de las mismas, que necesariamente se produce en todo caso en que se viola una ley del Estado, la cual, por expresa disposición constitucional está de acuerdo con las normas de la ley suprema, y más aún constituye la concreción de sus principios. Nuestro sistema jurídico, acorde con el criterio doctrinario antes citado, ha establecido por una parte el control de la constitucionalidad de los actos*

³⁶ BETANCUR JARAMILLO, Carlos, *Derecho procesal Administrativo*, Señal Editora, Bogotá-Colombia, Cuarta Edición, 1994, página 31.

administrativos a cargo del Tribunal Constitucional, y por otra parte el control de la legalidad de tales actos a cargo de la jurisdicción contencioso administrativa.”³⁷

4.2.3. EL PRINCIPIO DE LA AUTOTUTELA; COMO PRIVILEGIO INTANGIBLE E ILIMITADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:

Una de las más importantes potestades discrecionales de la Administración; converge en el de la autotutela o revisión de oficio; la misma que tiene por finalidad; el ejercicio de una especie de acción revisoria previa por parte del ente público emisor, en cuanto a la oportunidad y legitimidad del acto que ha emitido y que no guarda amparo universal respecto de la norma jurídica positiva. En consecuencia, es la misma ley; la que permite que el órgano emisor de un acto dudoso en cuanto a su legalidad, lo reforme o extinga; por razones de oportunidad o de legitimidad. Sin embargo, la declaratoria de la Administración que advierta un supuesto ejercicio de la autotutela; si bien es cierto acusa eficacia y ejecutoriedad; por tratarse de un acto administrativo, no es menos cierto afirmar; que no es definitivo; puesto que éste, podrá ser impugnado por la vía contencioso administrativa. La autotutela está plenamente vinculada con el principio “*favor acti*” el cual advierte la presunción de que los actos administrativos nacen de la ley, salvo que el órgano jurisdiccional competente lo declare en contrario. Bajo este contexto, la doctrina sugiere la existencia de tres clases de autotutela administrativa: la declarativa, de primer grado o potencia, la ejecutiva y la reduplicativa. La primera, se tiene como la facultad de la Administración para expedir actos; de los cuales, se presume su legitimidad, oportunidad y ejecutoriedad y por ende su eficacia; tornándose de cumplimiento obligatorio y ejecución forzosa. En consecuencia, el acto; por sí mismo, goza de la capacidad de producir los efectos jurídicos derivados de su objeto, siendo susceptible, sin embargo, de la impugnación correspondiente, ante el órgano administrativo superior en grado; prorrogándose así la intervención ipso facto de la autoridad judicial. La autotutela ejecutiva, es aquella; que faculta a la Administración, imponer sus decisiones; aun cuando ésta se repute por adversa a la voluntad del administrado; valiéndose inclusive, de la coacción. La tutela reduplicativa, es aquella en virtud de la cual, la Administración, es capaz de revisar sus propios actos, de oficio, o a petición del administrado vinculante y rectificarlos oportunamente, dejando sin efecto o reformando el acto administrativo; o sustituyéndolo finalmente por otro.

³⁷ Resolución N° 257-04 de 14 de septiembre del 2004 (Corporación Aduanera Ecuatoriana vs. Edwin Marcelo Guamaní Jame), juicio N° 66/03.

4.2.4. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA:

Son diversas las definiciones que ofrecen los doctrinarios respecto del acto administrativo, tal es así, que Royo Villanova lo define como *“un acto jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo, por su naturaleza se concreta en una declaración especial y por su alcance afecta positivamente o negativamente a los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la Administración Pública”*. Por su parte, Sayagües afirma que acto administrativo es *“toda declaración unilateral de la voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos subjetivos”*. Garrido Falla considera que *“no hay que limitar el concepto de acto administrativo al concreto, sino también al acto administrativo de carácter general, y tampoco limitarlo a las declaraciones de voluntad, aunque éstas sean el grupo más importante, también se han de incluir las declaraciones de juicio, conocimiento y deseo.”* En esta misma línea apunta la definición del autor italiano Zanobini, quien define al acto administrativo, como *“cualquier declaración de voluntad, de deseo, de juicio o de conocimiento manifestada por una Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa”*.

En consecuencia, decimos que el acto administrativo, es aquella declaración de la voluntad administrativa, de naturaleza unilateral, que nace del ejercicio de la función administrativa, cuyos efectos jurídicos, se tienen por particulares y directos.

Ahora bien, son características de un acto administrativo, las siguientes:

- Es un acto jurídico, es decir, que genera efectos jurídicos directos.
- Es un acto dictado exclusivamente por la Administración, es decir, por un órgano que ejerce una función administrativa.
- Es un acto, que nace y se nutre del derecho público, razón por la cual, hallará su validez, privativamente en la ley.

Existen diversos tipos de actos administrativos, entre los cuales tenemos:

a) Según el órgano del que procede:

- I. **Acto Simple.-** Es aquél que ha sido dictado por un solo órgano administrativo.
- II. **Acto Complejo.-** Es aquél dictado por varios órganos administrativos.

b) Según la extensión de sus efectos:

- I. **Acto General.-** Es aquel que está dirigido hacia una pluralidad indeterminada de personas.
- II. **Acto Singular.-** Es aquel, que está dirigido hacia un grupo específico de personas.

c) Según el grado de apareamiento en un procedimiento administrativo:

- I. **Acto de trámite.-** Es aquel que incide de manera directa en el acto administrativo que resuelva la cuestión de fondo.
- II. **Acto Definitivo.-** Es aquel que contiene la decisión de fondo, sobre la materia que ha versado el procedimiento administrativo.
- III. **Acto en Firme.-** Es aquel que no ha sido impugnado ante las instancias administrativas superiores; razón por la cual, se dice que ha causado estado.

d) Por su Impugnabilidad:

- I. **Acto impugnabile.-** Es aquel que pone fin a la vía administrativa, y que por ende, es susceptible de impugnación en sede contencioso administrativa.
- II. **Acto no impugnabile.-** Es aquel que no puede ser impugnado en sede judicial, por no haberse agotado la vía administrativa.

e) Por su contenido:

- I. **Actos constitutivos.-** Son aquellos actos los cuales crean, modifican o extinguen relaciones jurídicas.
- II. **Actos declarativos.-** Son aquellos los cuales acreditan la existencia de un hecho o condición jurídica.

f) Por la potestad ejercitada:

- I. **Acto reglado.-** Es aquel que nace de la ley, es decir, que su composición y estructura dispositiva, declarativa o constitutiva, deben estar sujetas a derecho.
- II. **Acto discrecional.-** Es aquel, cuya composición y estructura dispositiva, declarativa o constitutiva; pueden ser constituidas, en forma libre, por la Administración, es decir, sin sujeción a la norma jurídica.

g) Por el modo de exteriorizarse:

- I. **Acto expreso.-** Es aquel que ha sido dictado, de manera expresa por la Administración.
- II. **Acto presunto.-** Es aquel; cuya existencia se presume por cierta y por ende, genera efectos jurídicos; como cuando, surte efecto el silencio administrativo positivo.

Ahora bien, son elementos del acto administrativo, los siguientes:

- a) **Elementos Subjetivos.-** Son aquellos, los cuales, garantizan la legitimidad formal del acto administrativo, respecto del sujeto que lo expide, siendo por lo tanto, estos elementos los siguientes:
 - I. Que el acto haya sido dictado por un órgano de la Administración;
 - II. Que el acto haya sido dictado por un órgano legalmente competente; y,
 - III. Que el acto haya sido dictado por un órgano imparcial.
- b) **Elementos Objetivos.-** Son aquellos que hacen referencia, puramente al objeto o contenido del acto, siendo éstos:
 - I. El objeto del acto debe ser lícito.
 - II. El objeto del acto debe ser posible.
 - III. El objeto del acto debe ser determinado o indeterminable.
 - IV. El objeto del acto debe ser adecuado al fin del acto.
- c) **Elemento Final.-** Es aquel, que refiere a la finalidad del acto administrativo, es decir, cuál es su proyección final; la misma que no puede ser otra que la consecución del interés público.

- d) **Elemento Formal.-** Es el conjunto de formalidades procesales y no procesales que la Administración debe observar para la emisión del acto administrativo.
- e) **Elemento Causal.-** Consiste en la razón, motivo o móvil por el cual ha sido emitido el acto administrativo.

Adicionalmente, decimos de los actos administrativos, lo que sigue:

- Todo acto debe ser motivado, es decir, que debe existir congruencia entre los antecedentes de hecho y la norma jurídica a ser aplicada y que sirvió de sustento para la emisión del mismo. Es así que, los actos, acusarán motivación cuando: a) Limiten o restrinjan derechos subjetivos; b) Resuelvan procedimientos de revisión de oficio; c) Nazcan sin la incidencia de un acto de simple administración, de naturaleza consultiva; d) Aquellos que suspendan los efectos de otros actos; e) Supongan tramitaciones de urgencia o ampliación de plazos; f) Hayan sido dictados en el ejercicio de la potestad discrecional inherente a la Administración.
- Todo acto debe ser notificado o publicitado, con la finalidad de garantizar su plena sustantividad; es decir, su eficacia y por ende, su existencia en el mundo jurídico, puesto que, esta condición de materialidad, pende; del conocimiento del acto, por parte del particular o del administrado.
- Los actos administrativos, son válidos y en consecuencia, producen efectos jurídicos, desde su notificación, salvo ciertos casos, en lo que surten efectos jurídicos, desde que se dictan. Sin embargo, la eficacia del acto, puede verse interrumpida, en los siguientes casos: a) Cuando se reputan como sustitutivos de actos susceptibles de anulación; y, b) Cuando producen efectos favorables al interesado o administrado, en tanto y en cuanto, el supuesto de hecho, se tuviese por existente a la fecha en la cual haya de retrotraerse la eficacia del acto, sin lesionar derechos o intereses legítimos de otras personas.
- Los actos administrativos, se tendrán por válidos, cuando reúnen los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico, para su emisión.
- Los actos nulos, son aquellos que incurren en las siguientes causales: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional; b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio o del tiempo; c) Los que tengan un contenido imposible; d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta; e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente de

procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados; f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición; g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal; y, h) También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

- Se entiende como actos anulables, aquellos que han incurrido en cualquier infracción menor al ordenamiento jurídico. Asimismo, son anulables, aquellos cuyos defectos de forma, adviertan la inexistencia de los requisitos que necesita el acto para cumplir con su finalidad o que en su defecto, hayan causado indefensión a los interesados. Asimismo, son anulables aquellas actuaciones administrativas, efectuadas fuera de término, siempre y cuando así lo determine la naturaleza jurídica de aquél.
- Los actos administrativos, se conservarán: a) Por transmisibilidad; es decir, que los actos independientes del anulable o nulo, se tendrán por válidos; b) Por conversión: Los actos nulos o anulables, que contengan elementos de otro, producirán los efectos del contenido.
- El órgano que declare la nulidad o anulabilidad de un acto, precautelará la conservación de aquellos actos y trámites que no hubiesen padecido de modificación, al momento del cometimiento de la infracción.
- Los actos anulables, son plenamente convalidables. El acto convalidatorio no surtirá efectos retroactivos; salvo expresa disposición legal.
- Sobre la diferencia entre los actos y los hechos vale recordar, lo que sostiene Gordillo, cuando dice: *“De lo expuesto resulta que los actos son las decisiones, declaraciones o manifestaciones de voluntad o de juicio; que los hechos son las actuaciones materiales, las operaciones técnicas realizadas en ejercicio de la función administrativa. Si bien generalmente los hechos son ejecución de actos (en cuanto dan cumplimiento o ejecución material a la decisión que el acto implica), ello no siempre es así y pueden presentarse actos que no sean ejecutados o hechos realizados sin una decisión previa formal. La distinción entre acto y hecho no siempre es fácil, en la práctica, por cuanto el hecho también en alguna medida es expresión de voluntad administrativa; pero en*

líneas generales puede afirmarse, entonces, que el acto se caracteriza porque se manifiesta a través de declaraciones provenientes de la voluntad administrativa y dirigidas directamente al intelecto de los individuos a través de la palabra oral o escrita, o de signos con un contenido convencional o ideográfico (el gesto del agente de tránsito al elevar el brazo para detener el tránsito; las señales usuales de tránsito, tales como flechas, círculos, etc.); el hecho, en cambio, carece de ese sentido mental y constituye nada más que una actuación física o material. Si bien de algunos hechos o actuaciones materiales de la administración podemos deducir cuál ha sido la voluntad que los ha precedido (del hecho de que se haya colocado una barrera en una calle, podemos deducir que se la ha querido cerrar al tránsito; del hecho de que se quite la barrera deducimos que se ha decidido abrirla nuevamente), no por ello habrá allí un acto. Para que exista acto es necesario que encontremos esa declaración de voluntad o conocimiento que sé que se dirigen o manifiestan al intelecto humano, a su comprensión intelectual en forma discernible como diferente a su directa ejecución material. Aparece allí la forma del acto administrativo; generalmente escrito o por señales o signos automáticos, a veces oralmente. Aunque subjetivamente puede existir una decisión del funcionario actuante tanto si dicta un acto como si realiza un hecho, sólo se llamará acto a aquella decisión que se exterioriza discursiva, simbólica, formalmente como tal y no materialmente a través de su directa ejecución, que requiere suponer o imaginar cuál haya sido la decisión que lleva a tal ejecución material. De allí se desprende que el acto administrativo es una declaración que se expresa, pero que al menos un instante queda allí nomás, como determinación, opinión, o conocimiento: que no se ejecuta en el mismo acto de exteriorizarse. No obsta a este concepto el que la idea contenida en la declaración se ejecute inmediatamente después de exteriorizarse. Lo esencial es que se pueda apreciar objetivamente una escisión, una separación conceptual y real entre a) la decisión, opinión, conocimiento, etc., por un lado y b) la ejecución de esa decisión por el otro; y esa separación surge de que la declaración sea conocida a través de datos simbólicos (palabra oral o escrita, signos convencionales, etc.) y no de datos reales. Cuando la exteriorización de la decisión se hace recién a través de la ejecución misma, o sea, de los datos reales (la destrucción de la casa; el retiro de los obstáculos que cerraban la calle, etc.), no estamos ante un acto, sino ante un hecho administrativo. La ejecución material, en todos los casos, es un hecho: tanto cuando ejecuta un acto, como cuando en ausencia de acto transmite directamente en la actuación

material la voluntad a que responde. El acto, pues, nunca contiene la ejecución de la idea que expresa (ello se refiere, obviamente, a los casos en que el acto consiste en una decisión, esto es, una declaración de voluntad, pues si la administración se limita a tomar nota de algo, o a emitir alguna opinión o juicio, no hay ejecución posible de dicho acto).”

4.2.5. EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, SEGÚN LA DOCTRINA.-

El acto de simple administración, se reputa como toda declaración de la voluntad administrativa, el mismo que surte efectos jurídicos indirectos al administrado. El acto de simple administración, se reputa también como de mero trámite, en la medida que permite la formación de la voluntad administrativa definitiva, contenida en el acto administrativo final o resultante de un procedimiento administrativo previo, conformado por un número indeterminado de actos de simple administración. Al acto de simple administración, también se lo asocia con el dictamen o informe previo, éste, por su naturaleza, tiene por finalidad, formular criterios o apreciaciones que permitan al órgano; formularse una apreciación sostenible, que se cristalice por intermedio de la emisión del acto administrativo definitivo. El informe o dictamen, entendido éste como un acto de simple administración, deberá contener los siguientes requisitos esenciales, so pena de nulidad del acto, siendo éstos:

- Precisión del órgano emisor de la consulta o informe.
- Antecedentes o causa por la cual ha de ser emitido el acto de simple administración o informe.
- El objeto sobre el cual versa la existencia del informe o acto de simple administración.
- La fundamentación del objeto contenido en el acto de simple administración o informe.

Los actos de simple administración, deben ser emitidos, en los términos que prevea la ley para su emisión, so pena de incompetencia en razón del tiempo, respecto de su emisor.

Los actos de simple administración, ciertamente que son incidentes en la formación de la voluntad administrativa, sin embargo, no son vinculantes, es decir, que la autoridad requirente de su emisión, que generalmente suele ser superior en grado al emisor del

acto de simple administración, lo considera o en su defecto lo desecha; y así forma su voluntad, de manera independiente.

Los actos de simple administración, es decir, la acumulación de éstos, puede derivar en la emisión de un acto de simple administración final, lo que generalmente sucede en las etapas de información previa; en las cuales, se dictan tantos actos de simple administración fueren suficientes para hacerse de información confiable para la emisión del acto-informe y con ello, recomendar a la autoridad estatal, lo que por ley, corresponda hacerlo.

Ciertamente que los actos de simple administración son susceptibles de nulidad, ilegalidad o revocación, en la medida, de que, todo acto, es nulo, ilegal o revocable, cuando contraviene al ordenamiento jurídico o al interés público, o por impertinente, según sea el caso y especie de sanción administrativa.

Se dice, que todo acto de simple administración, surte efectos jurídicos indirectos respecto del administrado, lo cual, es plenamente cierto, puesto que, si bien es cierto; no surte los mismos efectos de un acto administrativo, los cuales son directos y específicos, pues, el acto de simple administración, es capaz de contribuir a la consecución de tales efectos, en la medida de que el acto de simple administración, puede constituirse como sustento técnico y jurídico del acto administrativo.

4.2.6.- EL ACTO NORMATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.-

El acto normativo, se define como una manifestación de la voluntad administrativa, es decir, nace como resultado del ejercicio de la función estatal; la cual, se reputa de carácter general, abstracto y surte efectos jurídicos directos a una determinada pluralidad. El acto normativo, nace fundamentalmente de la potestad legislativa atribuible por ley, a un determinado órgano administrativo. El acto normativo, por su naturaleza, produce efectos jurídicos directos. Al respecto, Roberto Dromi, sostiene que; *“característica fundamental del acto es que produce efectos jurídicos subjetivos, concretos, de alcance sólo individual, a diferencia del reglamento, que produce efectos jurídicos generales.”* Adicionalmente, sobre este mismo punto, sostiene: *“El reglamento es una norma jurídica de carácter general. Se diferencia del acto administrativo que produce, como ya hemos visto, efectos jurídicos subjetivos individuales... Los reglamentos son actos normativos. Este carácter normativo atañe a la esencia misma del reglamento. Ello produce efectos jurídicos generales...”* Es por

ello, que el acto normativo, es diferente al acto administrativo, por su origen y fundamentalmente, por sus efectos, por el primero, en el sentido de que toda autoridad administrativa, produce actos administrativos, para cumplir con sus fines, en tanto que, solamente ciertas autoridades administrativas, por mandato de la ley, son capaces de generar actos normativos; más respecto del segundo, decimos que el acto administrativo, surte efectos jurídicos directos, a un particular en concreto, en tanto que el acto normativo, surte efectos jurídicos directos a una pluralidad de personas.

Ahora bien, el acto normativo, supone la característica de generalidad. Es así, que un acto normativo, no puede estar proyectado, en cuanto a sus efectos, a repercutir sobre una determinada persona, sino, que su afectación es respecto de una pluralidad de administrados o particulares. Por lo tanto, todo acto de la administración que contenga preceptos de carácter general, se tendrá como un acto normativo

Asimismo, decimos que un acto normativo, es en esencia abstracto, en virtud de que se sustenta jurídicamente en un hecho indeterminado, razón por la cual, el acto de esta especie, en cuanto a su contenido (disposiciones generales), advierte posibles escenarios fácticos. Los autores de esta teoría, sostienen que el acto normativo debe entenderse como la *“regulación objetiva e impersonal de una determinada materia”*. En palabras de Jesús Levina Villa *“La norma jurídica se diferencia de todo otro tipo de actos por contener preceptos objetivos e impersonales, es decir, abstractos, no referidos a situaciones jurídicas o materias concretas”*.

Por lo tanto, si la regulación del precepto jurídico es objetiva e impersonal, es decir abstracta, tal precepto se definirá como un acto normativo que integra el ordenamiento jurídico.

Es así, que el acto normativo regula una diversidad de situaciones abstractas que conllevarían a una pluralidad de casos posibles e indeterminados.

Sin embargo, la doctrina considera que los conceptos de generalidad y abstracción, los cuales son inherentes al acto normativo, se tienen como criterios deontológicos de la norma, es decir; suponen lo que deberían ser y no necesariamente lo que son. Bajo esta misma premisa, el doctrinario Norberto Bobbio sostiene: *“no son caracteres de las normas como éstas son, sino como deberían ser para corresponder a la idea del derecho óptimo: en otras palabras, son características no de la norma jurídica en cuanto tal, sino de la norma justa, es decir, de la norma que cumple mejor que*

cualquier otra ciertos ideales de justicia, expresados en la aspiración a la imparcialidad, a la igualdad y a la certeza, consideradas como valores supremos.”

En este contexto, aparece el criterio formal, el mismo que sostiene que los actos normativos son aquellos a los cuales el mismo ordenamiento jurídico, le ha atribuido fuerza normativa para que surta efectos directos a una indeterminada pluralidad de personas. Esta acepción, hace referencia, esencialmente a la competencia de la autoridad administrativa para emitir un acto normativo y al procedimiento previo para su emisión, como por ejemplo, la disponibilidad de informes o estudios; lo que supone que el acto normativo, nace del ejercicio de la facultad legislativa concedida por ley, a un órgano administrativo en concreto; según un determinado procedimiento administrativo.

Sobre este mismo orden de ideas, vale precisar lo que refiere Agustín Gordillo, quien citando a Eduardo Ortiz, señala que *“el acto general tiene de común con el reglamento el sujeto indeterminado a que se dirige, pues va destinado a todo aquel que se encuentre en una determinada situación de hecho. Pero a diferencia del reglamento, tiene su motivo en un hecho concreto ya ocurrido y su fin es satisfacer una necesidad pública dentro de esa circunstancia, logrando un resultado único e irrepetible y no meramente regular la conducta.”*

Por su parte, García de Enterría señala que *“es menester romper esa ecuación entre generalidad y normatividad”*, pues aunque *“los tópicos suelen resistir denodadamente a abandonar el campo, éste es, evidentemente, uno de esos que a los juristas no nos sirve”*. Es así, dice el autor, que *“la correlación singular-general como expresión de la distinción actos-reglamentos parece haberse roto”*.

Son consideraciones adicionales respecto de los actos normativos, las siguientes:

- La administración es capaz de anular de oficio un acto normativo.
- Los actos normativos ilegales, son por regla general, nulos de pleno derecho.
- La potestad normativa solamente corresponde a aquellos órganos a los cuales la ley les ha concedido tal facultad.
- El acto normativo, crea derecho, por lo que, se incorpora al ordenamiento jurídico general.

4.2.7.- EL HECHO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.-

Los hechos son aquellos los cuales, comportan un evento en concreto, eminentemente material en la realidad fáctica. Bajo determinadas circunstancias, los hechos surten efectos jurídicos. Es así, que existen hechos jurídicamente relevantes, en la medida de que surten efectos de esta especie y en paralelo existen hecho jurídicamente no relevantes, los cuales no surten efecto jurídico alguno. En algunas circunstancias de este evento surgen efectos jurídicos.

Es así, que si un suceso, acontece según las leyes de la naturaleza, se estará ante un hecho puramente natural, más, si el acontecimiento nace del ejercicio de una conducta inherente al sujeto, se tendrá como un hecho humano.

Ahora bien, en el derecho administrativo tienen importancia los hechos naturales y los hechos humanos; en la medida que acrediten relevancia jurídica. Es así, que los hechos humanos con relevancia jurídica; pueden ser administrativos, en virtud de que nacen de un comportamiento tangible; exteriorizado por los órganos de la Administración Pública. Pueden asimismo, existir omisiones de la Administración, entendiéndose ésta como la inactividad de aquélla, lo que, de igual manera, surte efectos jurídicos; sobre la base yuxtapuesta, de que el hecho administrativo se tiene por inexistente.

Por lo tanto, decimos que los hechos administrativos, son aquellas actividades físicas que desarrolla la administración, sea por mandato de la ley, lo que equivale a que no exista acto administrativo previo, o como cumplimiento del objeto de un acto administrativo.

Ahora bien, un hecho administrativo, es capaz de surtir efectos jurídicos positivos o en su defecto, negativos o dañinos, entendiéndose por el primero, como aquellos que nacen de la ley y que a su vez, no causan daño material a los particulares o al administrado, en tanto por el segundo, son aquellos los cuales generan daño irreparable a los administrados o particulares o en su defecto, son aquellos, que simplemente no nacen de la ley o de un acto administrativo previo y válido. Los hechos administrativos, que surten efectos jurídicos negativos, se denominan también vías de hecho. La doctrina sostiene que las vías de hecho administrativas, requieren: a) La intervención de un funcionario público; b) La acción material e ilícita; c) Una acción material de este funcionario, lo que se explica porque la vía de hecho se opone a la vía del derecho.

Es por ello, que la Administración debe abstenerse de: a) Ejecutar comportamientos que importen vías de hecho, lesivas al ordenamiento jurídico o constitucional; y b) Ejecutar un acto, cuando éste se halla pendiente de revisión administrativo, por impugnación.

4.2.8.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.-

Como regla general, a criterio de Gordillo, se dice que el contrato administrativo o los contratos de la administración, son aquellos convenios bilaterales, generadores de obligaciones y derechos, suscritos entre la Administración Pública, por intermedio del órgano estatal competente, con un particular, con un administrado o en su defecto, con otra institución del Estado. Sin embargo, existen varios doctrinarios y meridiana jurisprudencia, que sostiene que los contratos administrativos, también son aquellos, los mismos que se suscriben entre personas de derecho privado, concesionarias de un servicio público y los particulares propiamente dichos. De igual manera, aquellos contratos suscritos entre personas jurídicas semipúblicas y los particulares, la doctrina y la jurisprudencia, de igual manera, los considera contratos administrativos. Es así, que aquellos contratos, en los cuales interviene una persona jurídica puramente estatal o semipública o concesionaria de un servicio público, supone la aplicación de la normatividad que impera privativamente para la celebración de los contratos administrativos. La Teoría General del Contrato Administrativo, supone ciertos principios esenciales, entre los cuales tenemos:

A) Principio de Legalidad.- En conformidad con este principio, decimos que para la regulación y control de los contratos administrativos, deben observarse las disposiciones jurídicas previstas en una ley concreta y específica, lo que permitirá a la Administración, desplegar su función administrativa, bajo condiciones y limitaciones específicas. Al decir de Jean Rivero, *“...la administración es una función esencialmente ejecutiva, ella tiene en la ley el fundamento y el límite de su acción...”*³⁸

B) Principio de Continuidad.- De acuerdo con este principio, se supone que los contratos administrativos no deben interrumpirse, con la finalidad de garantizar el debido cumplimiento de su objeto, el cual es de carácter eminentemente público. EL doctrinario Héctor Jorge Escola, respecto de este principio, manifiesta: *“Los ejemplos*

³⁸ RIVERO DROIT, *Jean Administratif*, Dalloz, París, 1970, pág. 15.

podrían multiplicarse, pero los datos son suficientes como para demostrar que en el contrato administrativo, la administración pública necesita contar imprescindiblemente con el derecho de exigir, en todo momento, la continuidad de su ejecución, y que el interés público impone que el cocontratante particular esté obligado a esa continuada prestación."³⁹

C) Principio de Mutabilidad.- De acuerdo a este principio, y en observancia de la máxima "*ius variandi*" de la administración pública, se colige que el contrato administrativo, puede ser unilateralmente modificado por la entidad contratante, dentro de ciertos límites, en la medida de garantizar el debido cumplimiento del objeto y con ello, precautelar el interés público que persigue todo contrato administrativo. Al respecto Gaspar Ariño Ortiz, sostiene: "*...la administración no puede renunciar a sus potestades ni cercenar su voluntad en la gestión del interés general. Su responsabilidad privativa de interés general no puede verse condicionada por los contratos que vaya celebrando. De ahí su potestad de introducir modificaciones con el objeto mismo del contrato, que aseguren una mejor realización de aquél, o una mejor adaptación a sus fines. Potestad cuya renuncia, aún declarada en el contrato, será nula y sin valor. La inmutabilidad del contrato (principio del *contractus lex*) se ve así matizada, coloreada administrativamente, por la inmutabilidad del fin.*"⁴⁰

D) Principio del equilibrio financiero.- También conocido como el principio de la ecuación financiera, supone que el contrato administrativo debe guardar equiparidad financiera, en la medida, de no causar perjuicio económico tanto a la entidad contratante como al contratista. Para estos efectos, se utilizan las técnicas denominadas, el hecho del príncipe por una parte, y la otra, correspondiente a la teoría de la imprevisión. El hecho del príncipe; se reputa como toda alteración suprayacente a un contrato administrativo, inadvertida por el contratista; causándole perjuicio, esto, por las decisiones asumidas por la entidad contratante, no derivadas del contrato administrativo propiamente dicho, sino de su función administrativa. Escola, al respecto de esta técnica, sostiene: "*toda decisión o conducta que emane de la misma autoridad pública que celebró el contrato y que ésta realiza en su carácter y condición de tal, que ocasione un perjuicio real, cierto, directo y especial al contratante particular, que éste no haya podido prever al tiempo de celebrar el contrato y que produzca una*

³⁹ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Ediciones Depalma, 1979 pág. 384.

⁴⁰ ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA Madrid, 1968, pág. 225.

*alteración anormal de su ecuación económica-financiera*⁴¹. Ahora bien, en cuanto respecta a la teoría de la imprevisión, esta supone, como toda alteración impredecible y superviniente al objeto del contrato administrativo, que supone la complementariedad del objeto, con la finalidad de garantizar su efectivo cumplimiento. Esta teoría precisa, que las alteraciones supervinientes al objeto originario del contrato administrativo, no son imputables al contratista ni a la entidad contratante. Esta teoría, generalmente suele ser visible en contratos de concesión de servicios públicos o de explotación de recursos estatales, así como en aquellos de adquisición o de suministros. Recaredo Fernández de Velásquez, sostiene sobre este punto lo que sigue: *“Que el servicio público se expresa a riesgo y ventura del concesionario, significa que, en tanto aquélla se mantenga, subsistirán las circunstancias y condiciones económicas en que fue convenida, salvo aquellos casos excepcionales en que se imponga cierta variación (teoría de la imprevisión)”* La Quinta Conferencia Iberoamericana de Abogados, efectuada en Lima en 1947, aprobó la siguiente resolución, que al respecto sostiene: *“1° Que la teoría del riesgo imprevisible que se aplica a la concesión de servicios públicos, es también de aplicación en los demás contratos administrativos, particularmente en los de obras públicas y los de suministros. 2° Que si en ocasión de sobrevenir hechos extraordinarios que alteren las circunstancias de la relación obligacional, independientes de la voluntad de las partes e imprevisibles, que subviertan la economía del contrato, si el contratante no deja de cumplir con la obligación contraída, tiene derecho a exigir que la administración cubra total o parcialmente los aumentos producidos, conforme a los principios de la equidad. 3° Que debe por consiguiente, incluirse en la legislación normas que permitan en los contratos a largo plazo, la aplicación de la teoría de la imprevisión, a fin de reajustar el orden jurídico a la realidad y evitar así la grave lesión que importaría para una de las partes mantener en esta emergencia la inflexibilidad de los contratos. 4° Que el mecanismo correctivo que se prevea en estos casos, debe contemplar un reajuste equitativo por revisión administrativa, con recurso ante el Poder Judicial, que comprenda las variaciones en más en los precios de bienes y servicios.”* José Roberto Dromi, considera que la teoría de la imprevisión es aplicable a todo contrato administrativo: *“ya sea de obra pública, servicios, suministros, locación, concesión de servicios públicos, etc. En consecuencia, se aplica a los contratos celebrados por el Estado (nacional, provincial y municipal); y por sus entidades autárquicas (empresas*

⁴¹ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Ediciones Depalma, 1979, Pag. 458.

del Estado, sociedades del Estado, y otras modalidades de descentralización administrativa y económica."⁴²

Ahora bien, antes de adentrarnos a los elementos del contrato administrativos, es importante precisar, la diferenciación existente entre requisito y elemento. Decimos por el primero, que es todo presupuesto o solemnidad esencial e imprescindible para la validez del contrato, en tanto que por el segundo, decimos que son todos los componentes naturales de un contrato, diferenciándose éstas en vitales y no vitales, siendo las primeras, obligatorias para garantizar la naturaleza legal del contrato, en el mundo jurídico, y las segundas, no obligatorias, en la medida de que, la ausencia de éstas, no condena la naturaleza jurídica del acto contractual.

Originariamente, se dice que los contratos, en forma general, se clasifican en tres dimensiones, siendo éstos, los accidentales, los naturales y los esenciales. Son contratos esenciales, aquellos cuyos elementos son indispensables para su subsistencia jurídica, son contratos naturales, aquellos que por su configuración fáctica y jurídica, guardan proporción con la ley, es decir, que sus elementos compositivos, se dan por sentados para garantizar su validez legal; son contratos accidentales, aquellos cuyos elementos, no son indispensables para la subsistencia del contrato, pero que sin embargo, aparecen por voluntad mutua de las partes intervinientes en el mismo.

En cuanto respecta a los contratos administrativos, decimos que éstos son puramente esenciales, en tanto que naturales o accidentales, son condiciones legales que no son tan propias a los contratos de esta especie; todo esto, en virtud de que la administración, al momento de la celebración de un contrato, debe observar lo que la legislación le permite celebrar y bajo qué condiciones y circunstancias jurídicas.

La doctrina al respecto de este punto, sostiene que los contratos administrativos, se dividen en esenciales y no esenciales, siendo los primeros, aquellos cuyos elementos son vitales para la subsistencia jurídica del contrato, en tanto que los segundos, son aquellos, cuyos elementos, no son tan importantes como para garantizar la existencia y validez del contrato.

Ahora bien, respecto de los elementos propiamente dichos, que son inherentes al contrato administrativo, la doctrina considera, que éstos son los siguientes:

⁴² DROMI, José Roberto "La imprevisión en los contratos de la administración", Astrea, Buenos Aires, 1988, pág. 132.

- Los Sujetos
- El Consentimiento
- El Objeto; y,
- La Causa

Sin embargo, existen doctrinarios que consideran que adicionalmente, como elementos del contrato administrativo, son:

- La Forma.
- La Competencia y Capacidad.
- La Finalidad.
- El Régimen Jurídico Aplicable; y,
- La Licitación.

Asimismo, como elementos no esenciales del contrato, se tienen el plazo de duración, las garantías y las sanciones.

La doctrina, paralelamente sostiene, que los elementos esenciales del contrato, se subdividen en básicos y presupuestos. Los primeros, son aquellos; cuya observancia es obligatoria, en sentido estricto; tales como el consentimiento y el objeto, en tanto que los segundos, son aquellos, que están contenidos por los básicos, tales como la capacidad o los sujetos al consentimiento o la causa al objeto.

LOS SUJETOS: Un contrato administrativo, se tiene por inexistente, cuando no han intervenido los sujetos obligados a su celebración. En esta especie de contrato, decimos, que una de las partes intervinientes, obligatoriamente debe ser el Estado, por intermedio de su órgano desconcentrado, implícito o descentralizado; en tanto que la otra parte, obligatoriamente debe ser un particular, que puede ser una persona natural o jurídica o en su defecto, el administrado, cuando se traten de contratos laborales. El órgano administrativo, debe intervenir en la celebración de un contrato administrativo, en el pleno ejercicio de una función administrativa y disponiendo de la capacidad administrativa; conferida por ley, para tales efectos. En tanto que el contratista, de igual manera, debe acreditar idoneidad legal, técnica y económica, para la suscripción del contrato administrativo; y adicionalmente, acreditar ciertos requisitos especiales, como por ejemplo, estar inscrito en el Registro Único de Proveedores, como es en el caso de nuestro país.

EL CONSENTIMIENTO.- En cuanto respecta a este elemento sustancial, la doctrina y la jurisprudencia concuerdan que se trata de un elemento vital para la validez del acto contractual, en la medida de que supone la convergencia de voluntades hacia la consecución de un fin común, de alto impacto e interés general. Esta convergencia, supone la generación de derechos y obligaciones entre las partes intervinientes. La voluntad administrativa, emanada del órgano contratante, es el pilar fundamental de este elemento esencial, puesto que, por intermedio de ella, se exterioriza y materializa, el ejercicio de la función administrativa, y con ello, la generación de derechos y obligaciones bipartitos, en la medida que ocupan tanto al contratante como al contratista. Es así, que la voluntad administrativa, se entiende por pura y legal, en virtud de su concordancia y proporción a la norma jurídica aplicable, es por ello, que la forma en que la ley permite la exteriorización del consentimiento, se entiende, no como un elemento del contrato, sino como un requisito inevitable para viabilizar, no solamente la voluntad administrativa, sino, el consentimiento y la capacidad misma de las partes intervinientes así como la instrumentalización misma del contrato administrativo. Respecto de la forma, Héctor Jorge Escola, lo define *“como elemento esencial complementario, concurrente a veces para la existencia y otras para la mejor eficacia del contrato administrativo, aparece la “forma” tan trascendente siempre en el campo del derecho administrativo.”*⁴³

Ahora bien, la voluntad administrativa, para tenerse por pura y de efecto favorable a la validez del contrato administrativo, debe preservarse, es decir, no debe adolecer de vicio, es decir, que surja por error, fuerza o dolo, patologías del consentimiento que pueden derivar en la invalidez del contrato administrativo.

EL OBJETO.- El objeto, es en esencia, la operación misma del contrato administrativo, el cual debe ser posible, determinado, lícito o determinable en su especie. Existen dos tipos de objeto, siendo éstos, el objeto directo, que es el forjador de derechos y obligaciones entre las partes, y el objeto indirecto, que es en definitiva, la obligación central a la cual está obligado el contratista.

LA CAUSA.- La causa, en el marco de los contratos administrativos, no es más que el móvil o impulso que promueve la celebración del acto contractual; es decir, el motivo

⁴³ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Ediciones Depalma, 1979, pág. 186.

que constriñe a la Administración, a la ejecución de un objeto en concreto; esto, dado por la finalidad del acto contractual, que es el interés público.

Este elemento, suele ser considerado como esencial de presupuesto o intrínseco al objeto del contrato. Al respecto, Héctor Jorge Escola sostiene: *“La existencia del objeto, a su vez, implica la de “una causa” y la de una “finalidad” implícitos en él, y condicionados, en cuanto a su ser, por los mismos sujetos.”*⁴⁴

LA FINALIDAD.- La finalidad, no es más, que la razón misma del objeto del contrato, que radica en el bienestar público. Este elemento esencial presupuesto, contenido en el objeto y aleatoriamente en la causa del contrato, se tiene por indispensable para la validez misma del contrato, por cuanto justifica ante el ordenamiento jurídico; su existencia en el mundo legal. Según Miguel S. Marienhoff, *“La “finalidad” constituye la “razón” que justifica la emisión del acto. De modo que “la finalidad” en relación al objeto o contenido del acto, actúa teleológicamente.”*⁴⁵

Entre los otros elementos esenciales del contrato administrativo, según la minoría de la doctrina, son los siguientes:

EL RÉGIMEN JURÍDICO ESPECIAL.- Este elemento; aunque desde mi punto de vista, requisito, prevé el hecho de que los actos contractuales de la administración, se rigen por las reglas exorbitantes del derecho privado, en la medida, de que el órgano administrativo, es capaz de ejecutar ciertas modificaciones o en su defecto, hasta declarar unilateralmente la terminación del contrato; entre otros privilegios de esta especie; que sin embargo, nacen fundamentalmente de la ley, aunque el contrato, no precise tales prerrogativas. El doctrinario Pedro Guillermo Altamira, sostiene sobre este punto que la entidad contratante, durante la ejecución del contrato administrativo, goza de tres prerrogativas posibles: *“Ellas tienen a su vez como presupuesto ineludible: a) un régimen de interpretación especial; b) el privilegio de la decisión unilateral; c) el privilegio de la ejecución directa.”*

LA LICITACIÓN: Este elemento, aunque desde mi perspectiva, denominado también requisito, prevé o contempla la existencia de un procedimiento precontractual, que suponga la calificación de oferentes, la adjudicación del contrato al mejor oferente, es decir, al más puntuado, y fundamentalmente, la protección de los intereses públicos,

⁴⁴ ESCOLA, Héctor Jorge, *Tratado Integral de los Contratos Administrativos*, Ediciones Depalma, 1979, pág. 186.

⁴⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II, pag. 344.

puesto que este sistema, posibilita a la administración, la formulación de indicadores de calificación para acreditar la idoneidad técnica, económica y legal del proveedor-contratista. Rafael Martínez Morales, al respecto sostiene: “Este elemento es introducido en los contratos administrativos como un mecanismo de control al gasto que realizan los entes públicos, encuentra su justificación en disposiciones legales, las que también establecen las excepciones a la licitación pública.”⁴⁶

Ahora bien, decimos que un contrato administrativo; se define como tal; por tres razones específicas:

- **Determinación de la ley.-** Engloba a aquellos contratos, que por mandato o expresa condición legal, se reputan como contratos administrativos; lo que implica, que un acto contractual de la administración, halla amparo en la ley, razón por la cual, no debe contravenir a aquélla.
- **Por la voluntad de las partes.-** Engloba a aquellos contratos, que en razón de la naturaleza jurídica de sus intervinientes, lo convierten en contrato administrativo, esto es, cuando aquél reúne cláusulas exorbitantes, los cuales son poco comunes en el derecho privado, es decir, que nacen de una matriz de privilegios que concede la ley, principalmente a la administración en su calidad de entidad contratante. Por lo tanto, si la administración contrata, bajo las siguientes condiciones:
 - Según un pliego de posiciones que permita calificar a los oferentes durante el proceso precontractual o licitatorio.
 - Según cláusulas especiales, tales como la terminación unilateral del contrato, la constitución de garantías, la imposición de penalidades por retardo en la ejecución del contrato, etc.
 - Según excepciones de responsabilidad por falta de pago o mora en aquél.
 - Según exclusiones de indemnización por lucro cesante, si no se cumple el contrato.
 - Por el carácter precario de los derechos de los contratistas o subcontratistas, según sea el caso.

⁴⁶ MARTÍNEZ MORALES, Rafael, *Derecho Administrativo*, pág. 129.

Bajo esta perspectiva, se dice entonces que el contrato administrativo, es tal, por cuanto se rige por el derecho público, quedando así las normas contractuales propias del derecho privado, salvo por supletoriedad.⁴⁷

- **Por la finalidad pública.-** Un contrato administrativo, asimismo, se define como tal, cuando el objeto de éste, converge en la prestación de un servicio público.

Ahora bien, además de la anterior clasificación de los contratos, decimos también que estos se clasifican de la siguiente manera:

- Contratos celebrados entre órganos de la administración pública, respecto de los cuales, las entidades públicas contratistas, son susceptibles de beneficios, por tratarse de una derivación del Estado.
- Contratos celebrados en situación de desventaja, tales como los contratos de crédito externo.
- Contratos celebrados con ligeras condiciones de derecho público a favor de la administración (el subsidio, la subvención, la donación)
- Contratos celebrados con decrecimiento de las potestades y facultades estatales, tales como los de locación.

Finalmente, decimos que los contratos administrativos, se dividen; en razón de su régimen jurídico:

- Contratos que por su composición y estructura, se acercan un tanto al derecho privado, esto en el sentido de que establecen criterios de equidad entre la entidad contratante y el particular.
- Contratos; que guardan equipolaridad entre las normas de derecho público y las normas de derecho privado.
- Contratos, que suponen una estructura severa en contra del contratista, es decir, aquéllos que son de protección pública.

4.2.9.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.-

La idea jurídica del procedimiento administrativo, puede ser concebida como el conjunto de secuencias o etapas procedimentales, de cuyo desarrollo, deriva un acto

⁴⁷ LAUBADÈRE; VENEZIA Y GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, op. cit., pp. 653-65.

final y definitivo, que discierne la controversia sometida a conocimiento y resolución de la Administración. Sin embargo, no todos los procedimientos administrativos son controversiales, éstos, se tendrán por tales, cuando el conflicto sometido a tratamiento administrativo, es un derecho subjetivo o individual del administrado, como por ejemplo, el sumario administrativo, en tanto que, un procedimiento administrativo no controversial, es aquel que no versa sobre conflictos de derechos; como por ejemplo, un procedimiento precontractual. Adicionalmente, la jurisprudencia sostiene, que el procedimiento administrativo, es una serie o sucesión de actos coordinados, en los que intervienen el sujeto activo del procedimiento, que es la propia administración, en tanto que el sujeto pasivo, es el administrado o particular.

Ahora bien, si ya hemos definido al procedimiento administrativo, como el conjunto de actos seriales dentro de los cuales, se despliega el ejercicio de la función administrativa; es importante determinar en qué consiste propiamente la función administrativa. Gordillo, sostiene que la función administrativa, es *“toda la actividad que realizan los órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos respectivamente los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales.”*; de lo cual, se colige: a) Que el órgano administrativo, es capaz de ejecutar la función administrativa, más no la función jurisdiccional o legislativa; b) Los órganos jurisdiccionales, no realizan funciones administrativas sino estrictamente la función jurisdiccional, ni tampoco la función legislativa. Sin embargo, el Consejo de la Judicatura, que es el órgano de vigilancia, control, regulación y disciplina de la Función Judicial, ejerce actividades puramente administrativas. c) Que el órgano legislativo, realiza función administrativa y legislativa, más no jurisdiccional.

Ahora bien, es importante resaltar que el procedimiento administrativo, no es jurisdiccional, sin embargo, varios autores, entre ellos Marienhoff, consideran que el órgano administrativo, al ejecutar un procedimiento administrativo, ejerce una función jurisdiccional.⁴⁸

Asimismo, existen autores que consideran que la decisión resultante de la interposición de un recurso administrativo o de un procedimiento administrativo, es de naturaleza jurisdiccional.⁴⁹

⁴⁸ MARIENHOFF, Miguel S, *“Actividad «jurisdiccional de la administración” en JA, t. 1962, IV, p. 102*

⁴⁹ BIELSA, Rafael, *El recurso jerárquico, Buenos Aires, 1958, p. 14 y ss.*

Sobre estos aspectos, la doctrina así como la jurisprudencia, mantienen criterios opuestos, los cuales convergen en las siguientes ideas centrales:

- La ex - Corte Suprema de Justicia, sostenía que para el procedimiento administrativo, hay que aplicarse las normas del debido proceso, las cuales, son de naturaleza puramente jurisdiccional.
- La doctrina, ha advertido innumerables acepciones que sostienen que el procedimiento administrativo, debe ajustarse a ritualismos y formalidades esenciales, que hacen de él, un sistema puramente riguroso.

Sobre este punto, discrepo con las tendencias que ha sostenido tanto la doctrina como la jurisprudencia, sobre este punto, por cuanto, en primer lugar, el procedimiento administrativo, no es de naturaleza jurisdiccional, principalmente porque los actos generados dentro del procedimiento administrativo, no recogen los elementos propios de los actos derivados del ejercicio de la función jurisdiccional; es decir, que los actos dictados dentro del procedimiento administrativo, solamente se rigen por las normas del derecho administrativo.⁵⁰ Sin embargo, no por esto decimos que el procedimiento administrativo debe ser ejecutado a discrecionalidad de la Administración, ya que, existen normas constitucionales, que si bien es cierto, son aplicables al procedimiento jurisdiccional, de igual manera son aplicables al procedimiento administrativo, esto por su importancia y trascendencia, sobre todo, en procedimientos administrativos controvertidos. Es por esto, que decimos que el procedimiento administrativo, si bien es cierto no es jurisdiccional, sin embargo, debe ser ejecutado bajo la observancia de la constitución y la ley, en la medida de garantizar los derechos reflejos del administrado. Sobre este punto, Gordillo sostiene: *“Por ello concluimos en que si bien el procedimiento administrativo es de neta sustancia administrativa, esa circunstancia hace tanto o más necesaria la aplicación a éste de todos los elementos sustanciales del debido proceso, tanto en sentido formal como sustancial, y de los demás principios constitucionales y principios generales del derecho; y que no impide en absoluto, sino que por el contrario refuerza, la aplicación analógica de los recaudos procesales jurisdiccionales en cuanto impliquen una protección para los derechos del administrado.”*

Ahora bien, en cuanto a la segunda tendencia, concluimos que el procedimiento administrativo, es puramente informal, en la medida de que, la Administración, debe

⁵⁰ REAL, Alberto Ramón, “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial, salvo excepciones constitucionales expresas,” en *La Justicia Uruguaya*, t. XVII, 1948, sección 2 (doctrina)

garantizar cuanto mecanismo fuere necesario, para alcanzar la verdad material, sin sujetarse a disposiciones restrictivas propias del procedimiento jurisdiccional.

Sin embargo de lo antes dicho, la doctrina sostiene que si bien es cierto, que la Administración no ejercita funciones judiciales, sin embargo, ésta ejercita funciones jurisdiccionales, razón por la cual, se concluiría, que la Administración ejerce la jurisdicción administrativa.⁵¹

Como conclusión sobre este punto, Ballbé sostiene lo que sigue: *“...Función administrativa y función jurisdiccional, miembros de una misma división, son, por tanto, según elemental Lógica, términos que recíprocamente se excluyen. De ahí se infiere, en consecuencia, que mal puede hablarse, técnicamente, de una «jurisdicción administrativa» en el sentido de la tesis que se juzga. Téngase en cuenta, en definitiva, que nota constitutiva del concepto de jurisdicción es la de que el sujeto que ejerce la función es ajeno a la relación sobre que incide (nemo iudex in causa sua); en la actividad administrativa, por el contrario, quien la ejerce es sujeto de la relación misma. Y como en el desarrollo de una actividad no se puede ser y no ser, al mismo tiempo, sujeto de una relación, mal puede admitirse la mixtura “jurisdicción administrativa” como opuesta a “jurisdicción judicial”. Una actividad del Estado podrá ser administración o jurisdicción, pero no ostentar ambas cualidades a la vez. Por esta misma razón, es, inadmisibile la pretendida «potestad jurisdiccional» de la administración.”*

Siguiendo otro orden de ideas, decimos que el procedimiento administrativo, no es susceptible de ser clasificado como interno o externo, más, si podríamos afirmar que el procedimiento administrativo es contencioso y no contencioso, es decir, controversial y no controversial, pero, independientemente de cual fuese su naturaleza, ambos serán susceptibles del imperio del derecho administrativo, aunque su estructura secuencial, fuese distinta.

En virtud de lo anteriormente señalado, cito a Gordillo como conclusión final, quien manifiesta respecto del procedimiento administrativo: *“Por todo ello, definimos al procedimiento administrativo como la parte del derecho administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa. En consecuencia, estudia la participación y*

⁵¹ Bielsa, Rafael, *Estudios de derecho público*, t. I, Buenos Aires, 1950, p. 321.

defensa del interesado (que puede ser un particular, un funcionario o una autoridad pública, según veremos) en todas las etapas de la preparación de la voluntad administrativa, y desde luego, cómo debe ser la tramitación administrativa en todo lo que se refiere a la participación e intervención de dichos interesados. Estudia en particular la defensa de los interesados, y como lógica secuencia de ello la impugnación de los actos y procedimientos administrativos por parte de éstos; se ocupa pues de los recursos, reclamaciones y denuncias administrativas: Sus condiciones formales de procedencia, el trámite que debe dárseles, los problemas que su tramitación puede originar y cómo y por quién deben ser resueltos; pero no estudia cómo deben ser resueltos los problemas de fondo que dichos recursos, etc., puedan plantear, salvo que estén íntimamente ligados a un problema procedimental.”

4.2.10. LAS IRREGULARIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA:

Respecto a esta temática, lamentablemente la legislación ecuatoriana no advierte la existencia de anomalías específicas que acusen al acto administrativo por irregular. Sin embargo, es la doctrina y la jurisprudencia, las que en cierta medida, aclaran meridianamente, cuáles son las irregulares que deben sopesar para que un acto administrativo, se estime por irregular o impuro. Es así, que nuestra legislación, en lo que respecta a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tan solamente, determina a la nulidad; como una institución que advierte la existencia de un acto irregular; más, es la ERJAFE, la que precisa varios modos de irregularidad de un acto administrativo, tales como la nulidad, la anulabilidad y finalmente la lesividad. La jurisprudencia por su parte, precisa otra institución jurídica, denominada “*ilegalidad*”, la misma que no está prevista en la ley, pero que sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia, le han dado vida propia y características específicas para su materialidad. Por su parte, la doctrina y jurisprudencia francesas precisan modalidades específicas de irregularidad del acto administrativo, tales como la inexistencia del acto, la nulidad absoluta y la nulidad relativa (anulabilidad). Sayagués Laso, considera que pueden señalarse hasta nueve categorías distintas, dependiendo de las condiciones que deben preexistir para la materialidad de cada una de ellas y sus efectos jurídicos; este criterio, no es incompatible con la opinión predominante de la doctrina francesa, pues en parte lo que hace es subdividir las diferentes especies de nulidad según quienes pueden invocarla o los efectos que acarrea. Por su parte, la doctrina italiana, vinculada con la nacida en nuestra región, muestra acentuadas divergencias en la sistematización de las irregularidades de los actos administrativos; en este sentido, la

posición generalizada distingue: la nulidad y la anulabilidad; otras corrientes distinguen entre inexistencia, nulidad y anulabilidad y finalmente, unos pocos, hablan solo de la inexistencia y la nulidad. Siguiendo al autor citado, a efectos de explicar el sentido y la naturaleza de las distintas clases de invalidez que tiene un acto administrativo, considera que no pueden aplicarse las normas del derecho civil al derecho administrativo, en cuanto a la declaratoria de invalidez de un acto administrativo; puesto que son espacios de interacción jurídica, plenamente divergentes, esto, por la naturaleza misma del acto administrativo; la cual, no puede compararse con la naturaleza de los actos civiles.

Sin embargo, para garantizar el desarrollo pleno de la presente tesis; resulta por demás indispensable, estudiar cada una de las instituciones jurídicas cuya existencia invalida al acto administrativo; siendo éstas:

- Inexistencia de los actos administrativos.
- Inconstitucionalidad e incumplimiento de los actos administrativos.
- Ilegalidad y Nulidad de Pleno Derecho de los actos administrativos.
- Anulabilidad de los actos administrativos.
- Revocación o Abrogación del acto administrativo.

4.2.10.1. INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Se entiende por inexistencia del acto administrativo, cuando aquél; en razón de su fin, se tiene por imposible; desde el ámbito puramente fáctico. La doctrina francesa; cuando refiere a la condición sustancial sobre las cuales opera la inexistencia del acto administrativo, precisan, que estaremos ante un acto de esta característica, cuando éste, no pueda ser materializado en el mundo jurídico; fundamentalmente por la imposibilidad fáctica de ejecutar su fin.

Sin embargo, es importante considerar que la inexistencia del acto administrativo, no opera, cuando el objeto, la causa o el fin o todos ellos, se tienen por imposibles desde la óptica del derecho, fundamentalmente, por cómo se hallen estructurados; o en su defecto, cuando el objeto o la causa del acto se tienen por atentatorios al fin declarado por el acto administrativo, para favorecer un interés particular, o cuando el acto se tiene por carente de motivación o cuando los presupuestos fácticos del acto se estiman contrarios a la norma legal que ha sido citada para su justificación ante el mundo jurídico, o cuando el objeto, la causa o el fin o todos ellos, se tienen por constituyentes o se estiman como ejes de viabilidad o protección de una infracción penal (cuando el acto se tiene como consecuencia del cometimiento de una infracción

penal); por ser causales propias o intrínsecas de la mera ilegalidad, aunque la legislación nacional, las considere de nulidad absoluta; lo que deriva en la extinción del acto; más no en la inexistencia de éste, siendo por tanto, la extinción y la inexistencia del acto administrativo, dos figuras jurídicas distintas entre sí. Es así, que si el acto, formula cuestiones fácticas para su existencia, precisa un móvil para su existencia y procura hacerse de una perspectiva en concreto, y estos caracteres, no hallan asidero de posibilidad fáctica; por sí mismos, obviamente sin depender de una condición exógena, sea ésta de plazo o resolutoria, según sea el caso, estaremos ante un acto inexistente.

Más allá de lo dicho, es importante precisar las siguientes enunciaciones doctrinales adicionales:

a) **Los actos administrativos pasivos y sus diferencias con los inexistentes.-**

Un acto administrativo, se tendrá por pasivo, más no por inexistente, cuando no dispone de las condiciones de plazo, resolutorias o de facto; que posibiliten o coadyuven el alcance material de su finalidad; es decir, cuando la Administración Pública, deliberadamente ha pospuesto la eficacia del acto administrativo; sea por lo anteriormente dicho; e inclusive hasta por su falta de publicidad o notificación. Un acto pasivo, será impugnabile por la vía contencioso administrativa, cuando aquél haya sido ejecutado, pese a las falencias antes manifiestas o en su defecto, cuando existiendo éstas, la ejecutividad del acto haya sido forzosa, es decir, contraponiéndose a su propia estructura dispositiva o fiduciaria. Por esto, se diría entonces que un acto de ejecución anticipada, surte efectos jurídicos que bien pueden lesionar los derechos inherentes al administrado, razón por la cual, no solamente que estaríamos ante un acto pasivo, sino también anulable pero a la vez susceptible de convalidación.

b) **Inimpugnabilidad de los actos inexistentes.-** Los actos inexistentes, no son susceptibles de impugnación por la vía jurisdiccional, por no surtir efectos jurídicos directos o indirectos al administrado, sin embargo, pueden ser susceptibles de observancia, en sede administrativa; por la propia Administración.

c) **Las vías de hecho.-** Un eje vinculante a la teoría de la inexistencia del acto administrativo, es precisamente la “*vía de hecho*”, institución jurídica que no se encuentra prevista en nuestra legislación, razón por la cual, no es menester valerse de la doctrina y jurisprudencia así como de la legislación comparada para entender un poco más esta institución del derecho administrativo. En este sentido, Gustavo Penagos manifiesta que la vía de hecho “*es la negación de todo*

derecho, la ausencia de todo procedimiento. Es un error grosero y brutal...” Por su parte, el Consejo de Estado de Colombia al respecto sostiene: “La vía de hecho administrativa, que siempre la ha considerado la doctrina y la jurisprudencia como la **contraria a la vía de derecho, implica en algunas circunstancias la actuación material inesperada, irregular e innecesaria llevada a cabo por la administración contra los derechos o las libertades públicas –o sea, la arbitrariedad de la administración,** o cuando ésta obra en ejercicio de un derecho que realmente tiene, pero con ausencia del procedimiento legal aplicable distinto al señalado por la ley (sentencia 28 de octubre de 1976, sección 3ª, Expediente 1482)- ha de generar responsabilidad administrativa. Tan ello es así que el artículo 83 del Código Contencioso Administrativo, que hace parte del Libro Segundo sobre la sentencia que alude a los atropellos y violaciones ejercidos bajo el pretexto del ejercicio de funciones públicas –vías de hecho-, determina que la “condenación al pago de perjuicios tiene como soporte fáctico las torturas...” Vale significar respecto a esto último, como bien lo señala el recurrente, que el llamado delito de torturas fue apenas, legalmente tipificado en el Código Penal (artículo 179) que entró a regir en 1981, es decir, con posterioridad al acaecimiento de los hechos, por lo cual ha de entenderse que no estuvo frente a la comisión de un delito, que por otro lado siempre es del agente, como fuente de reparación del daño. Aun cuando sobre este respecto es del caso precisar que el dolo o la culpa del funcionario en el ejercicio de la actividad administrativa o de la prestación del servicio público puede ser fuente de responsabilidad estatal, si como dijera atrás, la falta personal es imposible de separar de la función pública ejercida por el respectivo agente”⁵² García de Enterría y Fernández, sostienen lo que sigue: “La vía de hecho es una construcción del derecho administrativo francés, en el que tradicionalmente se distinguen dos modalidades, según que la administración haya usado un poder del que legalmente carece (manque de droit) o lo haya hecho sin observar los procedimientos establecidos por la norma que la ha atribuido ese poder (manque de procédure).”⁵³ Conforme se desprende de las enunciacines antes citadas, se concluye entonces, que la vía de hecho, es el despliegue arbitrario asumido por la Administración Pública, para ejecutar una decisión, sin que haya existido previamente el acto administrativo de rigor, es decir, sin que haya precedido la decisión como modo de manifestación de la

⁵² Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 16 de diciembre de 1987. Expediente No. R-012. Recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Nación –Ministerio de Defensa Nacional- contra sentencia de 27 de junio de 1985, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, Curso de derecho Administrativo. Ed. Civitas, Madrid, 4ta. Edición, 1986, Tomo I, págs. 686 y 687.

voluntad administrativa. Bien la doctrina sostiene, que la vía de hecho también opera cuando la Administración, pese a existir un acto administrativo previo, ejecuta la finalidad del mismo, bajo perspectiva de abuso, metamorfoseando la finalidad misma del acto; lo que constituye otro modo de arbitrariedad administrativa. En consecuencia diríamos entonces que la vía de hecho se clasifica en endógena, exógena e híbrida, siendo así, que la primera, es aquella en la que si bien es cierto, que existe el acto administrativo, la Administración Pública, vicia la naturaleza de su fin, y por ende, ejercita la acción derivada del acto en sí, en forma abusiva, extralimitada o desmedida. La segunda, consiste en que la Administración, ejercita una acción con repercusión al administrado al igual que la anterior, pero sin que exista previamente el acto administrativo pertinente. La tercera advierte que el acto administrativo, si bien es cierto prevé los elementos objetivos que le son inherentes; pues éstos, pese a tenerse por imposibles en cuanto a su materialidad fáctica; la Administración Pública, ejercita la acción derivada del acto aparentemente inexistente. En esta misma clasificación, tendríamos aquellas acciones viciadas y ejecutadas de la Administración, derivadas de un acto administrativo carente de los elementos objetivos que le son inherentes.

Por lo tanto, la inexistencia del acto administrativo, operará cuando

Por su objeto:

- a) Cuando el objeto del acto administrativo, se tenga por imposible o impensable en lo fáctico.

Por su finalidad.

- a) Cuando la finalidad del acto administrativo, se tenga por imposible o impensable en lo fáctico.

Por su causa.

- a) Cuando la causa del acto administrativo, se tenga por imposible en lo fáctico.

4.2.10.2. INCONSTITUCIONALIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

Acogiendo varios preceptos doctrinales y jurisprudenciales, se dice que un acto administrativo, se tiene por inconstitucional, cuando por su contenido o finalidad, ha vulnerado expresas disposiciones constitucionales; más no legales. Por lo tanto, si el administrado, considera que el acto administrativo, vulnera el orden constitucional, no es la vía contencioso-administrativa, la idónea, para demandar la declaratoria de inconstitucionalidad del acto administrativo, es así, que el órgano constitucional, es quien debe declararlo así; más no el órgano jurisdiccional ordinario. Ahora bien, es el órgano constitucional, quien adicionalmente, debe prever si los vicios de inconstitucionalidad del acto administrativo impugnado, generan la reparación de daños, tal cual como lo sostiene la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. De ser el caso, la reparación económica, se ventilará a través de la vía contencioso administrativa; teniéndose por tanto como una acción contencioso-administrativa especial. Para entenderse que un acto administrativo es inconstitucional, debe existir el supuesto incontrovertible, de que el acto, por sus elementos formales u objetivos, ha vulnerado expresas disposiciones constitucionales, sean éstas de cualquier orden.

En cuanto a la sanción constitucional de incumplimiento, ésta refiere a la inejecutabilidad de los actos normativos o actos administrativos de carácter general respecto de la Administración, sea por inactividad propiamente dicha o por la emisión de decisiones, manifestaciones, operaciones o convenciones administrativas que, en razón de su finalidad u objeto, inobservan el ordenamiento jurídico vigente. Por lo tanto, la sanción de incumplimiento, advierte dos posibilidades perfectibles para su materialización, siendo la primera, la inactividad de la administración, ante el imperio de un acto normativo o acto administrativo de carácter general, cuyo cumplimiento le resulta obligatorio, en tanto que la segunda, refiere a la materialidad de los actos que inobservan el ordenamiento jurídico positivo; es decir, que no nacen del imperio de la norma jurídica. En tratándose de actos de carácter general, corresponde a la Corte Constitucional, en conformidad con lo que dispone el Art. 436 de la Constitución de la República del Ecuador, conocer y declarar la sanción de incumplimiento, en tanto que, respecto de actos de carácter particular, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, conocer y discernir dichos asuntos; bajo la figura de la mera ilegalidad, aunque la doctrina, sostenga en respecto de la nulidad.

4.2.10.3. ILEGALIDAD Y NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

Sobre este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia han proporcionado varios escenarios posibles, sobre los cuales, opera tanto la ilegalidad así como la nulidad del acto administrativo. La jurisprudencia, señala que la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie, en el sentido, de que la ilegalidad, supone el daño o lesión de un derecho subjetivo, a través de la existencia de un acto administrativo que no reúne los requisitos que la ley prevé para su legal existencia; en tanto que la nulidad; es aquella que se materializa cuando el acto administrativo incurre en alguna de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; siendo éstas la incompetencia del emisor o en su defecto la omisión de las formalidades sustanciales previstas para su emisión. Sobre este aspecto, es importante tomar en consideración, que es la misma jurisprudencia ecuatoriana la que sostiene este principio, tan reiterado en varias sentencias emanadas por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex – Corte Suprema de Justicia las cuales no han perdido vigencia.

Ahora bien, como se puede evidenciar tanto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa así como del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la primera, se constriñe a dos causales fundamentales, para garantizarse su materialidad, en tanto que la segunda, prevé varias causales que bajo su concepción, provocan la nulidad de pleno derecho del acto administrativo.

Es así que el Art. 94 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva sostiene: “**Art. 94.- Vicios que impiden la convalidación del Acto.-** *No son susceptibles de convalidación alguna y en consecuencia se consideran nulos de pleno derecho:*

a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo.

b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito.

c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que cita como sustento.

d) Tampoco son susceptibles de convalidación aquellos actos cuyo contenido tenga por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular en contradicción con los

finés declarados por el mismo acto, así como los actos que no se encuentren debidamente motivados.”

Por su parte, en el artículo 129 del ERJAFE, precisa las causales para declarar la nulidad de pleno derecho, cuando dice: “Art. 129.- **Nulidad de pleno derecho:**

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

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

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

c) Los que tengan un contenido imposibles;

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

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

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

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal; y,

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

Por su parte el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al referirse a las causas de nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo establece solamente dos supuestos en los es que es posible su declaratoria; al sostener:

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

a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que ha dictado la resolución o providencia.

b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.”

Como puede evidenciarse, tanto el ejecutivo así como el órgano legislativo, prevén las causales por intermedio de las cuales procede la declaratoria de nulidad de un acto administrativo; concluyéndose entonces, que son actos nulos, los que siguen:

- Los dictados con manifiesta incompetencia.
- Los de objeto, causa y/o fin imposibles.
- Los constitutivos de infracción penal o los dictados como consecuencia de aquélla.
- Los dictados contraviniendo las disposiciones contenidas en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador.
- Los dictados con prescindencia de las formalidades sustanciales determinadas para su emisión.
- Los dictados sin que haya mediado la conformación de la voluntad de quienes lo dictan.
- Los dictados contra normas jerárquicamente superiores.
- Los dictados para establecer la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables.
- Los dictados para restringir derechos individuales o subjetivos.
- Los dictados bajo el ángulo del silencio administrativo.
- Los dictados, para favorecer un interés particular, contradiciendo los fines declarados en el mismo acto.
- Los dictados, sin motivación.

Previo a analizar cada uno de ellos, es importante precisar el siguiente axioma:

“Es necesario aclarar, que el acto administrativo, se tendrá por nulo por concepto de estas causales, cuando aquellas, sean palmarias e incontestables, es decir, que el acto, en efecto y de manera expresa o presunta, instituyan cada una de ellas; lo que se advertirá, en la disonancia de su objeto, causa y fin o de sus elementos formales o estructurales, respecto del imperio de la ley.”

Una vez entendido el axioma anterior, procedo a analizar cada uno de los tipos de nulidad previstos en nuestra legislación:

1.- Actos dictados por autoridad incompetente.- Primeramente, es necesario tomar en consideración que la competencia es aquella atribución del órgano administrativo, la misma que le instituye de potestad, para adoptar decisiones con repercusión directa o indirecta hacia los administrados y en esencia, para el cumplimiento de sus fines y objetivos orgánicos. En materia administrativa, la competencia se clasifica en cinco tipos o clases; siendo éstos, la materia, el territorio y el tiempo, el grado y los sujetos.

1.1 Competencia en razón de la materia.- Todas las instituciones públicas, disponen por ley, de una matriz funcional, que permite la orientación de sus acciones, hacia objetivos y metas específicas. Esta matriz funcional, no es más que el conjunto de atribuciones que la entidad administrativa, ejercerá, dentro de un ámbito específico de acción. Es por esto, que la competencia en razón de la materia, nace fundamentalmente, de la naturaleza jurídico-fáctica de las atribuciones que le son inherentes a un órgano administrativo, por mandato de la ley. Es así que por ejemplo, el Ministerio del Ambiente, asume la rectoría de asuntos ambientales específicamente, y sobre este campo de acción, podrá dictar cuanto acto administrativo considere necesario para el cumplimiento de sus fines. Bien reza la doctrina francesa, en cuanto al hecho de que toda acción ejercitada por un órgano administrativo, se regirá por el principio de especialidad.

1.2 Competencia en razón del territorio.- La competencia en razón del territorio, converge en cuanto al campo de acción espacial, específico y delimitado, sobre el cual surtirán efectos jurídicos; las decisiones asumidas por el órgano administrativo. Esto es, que si el acto administrativo, ha sido emitido; por un órgano administrativo; dentro de una determinada jurisdicción territorial, éste surtirá efectos jurídicos inmediatos, sobre el territorio sobre el cual y por mandato de la ley, ejerce acción el emisor. Los

campos de acción espacial, pueden ser; desde nacionales, como por ejemplo un Ministerio, hasta regionales, provinciales, cantonales y parroquiales; (Entidades del Ejecutivo hasta Gobierno Seccionales Autónomos Descentralizados) dependiendo de la estructura organizacional del Estado. Ahora bien, existe otro modo de competencia en razón del territorio, bastante común en materia puramente disciplinaria, y que converge en cuanto al axioma de que, si los hechos denunciados, acontecieron en una determinada jurisdicción territorial, corresponderá al órgano sancionador de dicha jurisdicción, el inicio de las acciones disciplinarias de rigor, aun cuando los denunciados, correspondiesen a otra jurisdicción territorial. Este tipo de competencia, se rige por el principio de delimitación de la acción administrativa.

1.3. Competencia en razón del tiempo.- La competencia en razón del tiempo es aquella que se constriñe al hecho de que la ley, determina un espacio temporal (plazo), para que el órgano administrativo, sea legalmente capaz de adoptar la decisión correspondiente; sobre un determinado asunto sometido a su conocimiento y resolución; como cuando, la ley concede quince días para emitir un acto administrativo. Ahora bien, por este tipo, se presupone que la competencia se extingue *ipso jure*, cuando fenece el plazo que la ley le ha concedido al órgano emisor, para dictar un acto en concreto; sobre un asunto en específico.

1.4. Competencia en razón del grado.- La competencia en razón del grado es aquella que se instituye en mérito de la jerarquía del emisor, en razón de sus atribuciones; siendo así, que la máxima autoridad de un ente estatal o su delegado desconcentrado, es competente en razón del grado para emitir declaraciones de voluntad administrativa, más no los inferiores jerárquicos, por ser competentes en razón de la materia.

1.5. Competencia en razón de los sujetos.- Esta especie de competencia, es común en materia disciplinaria, la misma que converge en que un órgano administrativo, es competente en razón del sujeto disciplinable; para ejercitar sus actuaciones respecto de aquél; es decir, para imponerle la sanción administrativa que le correspondiente.

2.- Actos de objeto, causa o fin imposibles.- Son aquellos actos, los mismos que materialmente; son imposibles de ser ejecutados por la Administración, por razones estrictamente legales; siendo así, que si el acto, advierte razones de facto incompatibles al orden jurídico; por inexistencia, tornándose en un claro manifiesto de arbitrariedad administrativa, se tendrá por nulo de pleno derecho. El denominador

común de esta especie de acto nulo, es la incapacidad de generar efectos jurídicos directos; más sin embargo, pueden ser susceptibles de impugnación, fundamentalmente cuando la Administración ha ejecutado forzosamente el acto.

Ahora bien, es importante tomar en consideración en este espacio, que esta causal, por su naturaleza, no debería plantearse como causal de nulidad de pleno derecho, puesto que, por su naturaleza, lesiona el ordenamiento jurídico positivo; desde cualquier modo que esta causal sea configurada, es por ello, que más bien, debería considerarse como causal de ilegalidad, ya que ésta institución jurídica; es un supuesto previsto en el orden administrativo, que converge toda especie de lesión al régimen jurídico positivo, por los elementos de fondo del acto, siendo así, por indebida interpretación de la norma, indebida aplicación de la ley o invención de sentidos jurídicos, que en su contexto empírico, no encuentran congruencia con la ley superior; entendiéndose primordialmente que la ilegalidad, se perfecciona cuando el acto, no reúne los requisitos que le son esenciales, es decir, cuando está configurado en ilegal forma.

3.- Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de aquélla.- Son aquellos actos, los mismos que; en razón de su objeto, de su causa y de su fin estrictamente, persiguen el cometimiento de un delito o procuran la viabilidad de aquél o pretenden su encubrimiento. Bajo esta acepción, podría decirse que los actos se tendrán por nulos de pleno derecho; cuando:

3.1. Persiguen la ejecución de una infracción penal; como cuando, se ordenase la transferencia de dineros públicos a una cuenta particular, etc. El acto, por el solo hecho, de perseguir un fin prohibido por el ordenamiento jurídico y en consecuencia, sancionable penalmente, acusará nulidad de pleno derecho; tal como lo establece la ley.

3.2. Pretenden viabilizar el cometimiento de un delito, es decir, proporcionar las facilidades orgánicas para su materialidad.

3.3. Pretenden el encubrimiento de un delito o infracción penal.

Sin embargo, la causal, es pura en cuanto al hecho, de que solamente; por tratarse de delitos, es decir, de infracciones penales, el acto será susceptible de nulidad, cuando los instituye, viabiliza o protege; teniéndose así, como una causal restrictiva, en virtud

de que un acto, puede también viabilizar, constituir o proteger el cometimiento de una contravención penal; es por ello, que desde esta óptica, sería factible afirmar, que si un acto, constituye, viabiliza o protege una infracción o una contravención penal, debe ser entendido como un acto nulo, aunque, desde mi perspectiva, debería ser entendida como causal de ilegalidad de un acto administrativo; puesto que, si un acto, instituye delito o contravención o nace como consecuencia de aquél o de aquélla, estamos ante un acto, puramente ilegal, entendiéndose por ilegalidad, la condición de falta de convergencia de los requisitos que le son indispensables al acto, esto, por no hallarse configurados en legal forma.

4.- Actos dictados contraviniendo los derechos y libertades previstos en la Constitución de la República del Ecuador.- Esta causal, supone que cuando el acto administrativo, por sus elementos formales o subjetivos y objetivos, vulnera los derechos y garantías constitucionales previstos en el Art. 76 de la Constitución de la República del Ecuador; tales como el debido proceso, la seguridad jurídica; la celeridad de los procedimientos administrativos, en nuestro caso, etc. Por su naturaleza, esta causal, valdría para declarar, no la nulidad del acto administrativo, sino la inconstitucionalidad de éste, y sería únicamente la Corte Constitucional, el órgano judicial competente para declararlo así, quedando a salvo el principio de la autotutela que rige para la Administración Pública. Ahora bien, más allá del análisis antes manifiesto, es importante aclarar, que la causal se tendrá por perfecta, cuando en efecto, el acto vulnera derechos o garantías constitucionales específicas, concretas y concisas, es decir, previstas con justeza en la norma constitucional, razón por la cual, si quien propone acción judicial en contra de un acto de esta naturaleza, está obligado a precisar cuáles son los derechos y libertades constitucionales vulneradas y cómo éstas han alcanzado estado de inobservancia o violación.

5.- Los dictados con prescindencia de las formalidades sustanciales determinadas para su emisión.- Son aquellos actos, los cuales, por mandato de la ley, nacen de la inexistencia previa de un procedimiento administrativo o de condiciones administrativas específicas; siendo las últimas, no discrecionales y de "*iure imperri*" para la Administración. En consecuencia, diríamos entonces, que los actos administrativos, de nulidad absoluta por este concepto, serán provocados por razones procedimentales o por razones puramente legales; siendo las primeras, aquellas, que nacen de la omisión de cualquiera de los pasos o etapas de los cuales está conformado el procedimiento administrativo previo a la emisión de un acto en concreto, como por ejemplo, cuando en un sumario administrativo, la autoridad sancionadora no

ha observado el principio del debido proceso, que es imperativo para los trámites de esa índole; en tanto que las segundas, son aquellas, que nacen de la omisión de disposiciones legales específicas, como cuando, para emitir un acto administrativo no general, se requiere del informe técnico previo; cuya emisión corresponde al área correspondiente. La nulidad absoluta, instituida por esta causal, provocaría estado en los siguientes casos:

- a) Cuando se hubieren emitido actos con evidente error de hecho y de derecho; es decir, con incongruencia respecto de los documentos que sirvieron de sustento para la emisión del acto nulo y que reposan en el expediente.
- b) Cuando aparecieren posteriormente a la emisión del acto nulo, documentos de trascendental importancia, los cuales no fueron considerados al momento de la emisión.
- c) Cuando en el acto administrativo, hayan influido documentos o testimonios falsos en sentencia judicial.
- d) Cuando; para la emisión de un acto, la ley prevea un procedimiento o trámite administrativo previo, más, el órgano emisor, inobserve o lesione las formalidades o estaciones procedimentales contenidas en él.

6.- Los dictados, en forma expresa o presunta, contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.- Son aquellos actos, por intermedio de los cuales, se adquieren derechos o facultades, cuando en la especie, el adquirente de aquéllos, carece de los requisitos esenciales para tales efectos. *No es más, que la concesión ilegítima de facultades o derechos, por no ser permitida por la ley.*

Como ya lo he sostenido en análisis anteriores respecto de ciertas causales, ésta, de igual manera, debería ser considerada por la legislación ecuatoriana, como una causal de ilegalidad del acto administrativo, en virtud, de que supone, en esencia, que aquél, por sus elementos de fondo, contraría al ordenamiento jurídico vigente; al conceder ilegítimamente o traspasar ilegalmente derechos y facultades al adquirente de aquellas, sin que la ley lo permita en tal sentido; es decir, sin que el adquirente se tenga por capaz para adquirirlos; lo que equivale por tanto, a que el acto, no ha configurado sus requisitos esenciales, en legal forma.

7.- Los dictados contra normas jerárquicamente superiores.- Esta causal de nulidad, muy propia también del recurso objetivo o de anulación, refiere fundamentalmente al principio de la supremacía de las leyes previsto en la Constitución de la República del Ecuador. Es así, que un acto administrativo de carácter general o en su defecto, un acto normativo, como una ordenanza o reglamento o acuerdo ministerial, por citar casos específicos, debe ajustarse a lo que establece la norma jurídica superior, en virtud de que en materia de derecho público, será permitido, tan solamente lo que la ley prevé en forma expresa y clara. En consecuencia, cuando el acto, sea de la especie que sea pero de fuente administrativa, el principio de la supremacía de la ley y fundamentalmente el principio denominado “*iure imperr*”; estaremos ante un acto nulo. Es por ello, que el recurso objetivo o de anulación, persigue la nulidad de un acto impugnado, por cuanto, supone que aquél ha contravenido al imperio de la norma superior, y es por esto, que procura la tutela en el cumplimiento del ordenamiento jurídico positivo.

Roberto Dromi; enumera varias condiciones por las cuales opera la nulidad de pleno derecho o nulidad absoluta, por esta causal en particular, cuando precisa lo siguiente:

“1) Está en discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente o situación de hecho reglada por las normas.

2) Incumple deberes impuestos por normas legales o sentencias judiciales.

3) Viola reglamentos dictados por autoridad superior.

4) Contraviene instrucciones o circulares que establecen derechos para los administrados.

5) El objetó está prohibido por el orden normativo, excluidos los casos que provocan la inexistencia.

6) Vulnera la estabilidad o irrevocabilidad de otro acto administrativo.

7) Es emitido por un órgano incompetente en razón del tiempo, o del grado, y la avocación y la delegación están prohibidas.

8) *Adolece de incompetencia en razón de la materia, por haberse ejercido atribuciones de otros órganos o entes administrativos.*

9) *Es dictado mediante connivencia dolosa entre el agente público y el administrado, error esencial del agente, dolo del administrado determinante del acto, dolo del agente, violencia sobre el agente o simulación.*

10) *Se lo ha emitido sin haberse obtenido la previa autorización, siendo ella exigida.*

11) *Ejecuta un acto no aprobado, siendo la aprobación exigida.*

12) *No cumple con la finalidad debida o sea es irrazonable.*

13) *En el órgano colegiado no se ha cumplido el requisito de convocatoria o no se ha sometido la cuestión a la deliberación de sus miembros.*

14) *Contraviene las reglas unívocas de la ciencia o de la técnica que afectan esencialmente el objeto del acto,*

15) *Viola principios elementales de la lógica.*

16) *No se documenta por escrito, habiéndose prescindido de esta vía por urgencia o imposibilidad de hecho.*

17) *Está documentado y firmado, pero no se ha confeccionado acta de la sesión del órgano colegiado que lo dictó.*

18) *Se lo ha emitido violando el derecho a la defensa u omitiendo el cumplimiento preciso de algún trámite necesario.*

19) *Carece de motivación o ésta es indebida, equívoca o falsa.”⁵⁴*

Ciertamente, que algunos de ellos, se entienden como condiciones fácticas por las cuales operaría la nulidad de pleno derecho, pero desde mi punto de vista, no todas las condiciones arriba señaladas, instituyen la nulidad de un acto administrativo,

⁵⁴ DROMI, Roberto Ob. Cit. Pp. 245,246

muchas de ellas, están encasilladas en el plano más puro de la ilegalidad de un acto administrativo, otras acusan la institucionalidad de la anulabilidad de un acto administrativo, etc. Sin embargo, considero, más allá de lo dicho, y como lo he reiterado varias veces, que si el acto administrativo, por sus elementos de fondo, contraviene al ordenamiento jurídico, interpretando inadecuadamente la norma superior, o inobservando su aplicación o inventando normas jurídicas inexistentes, estamos ante un acto ilegal, más no nulo, por cuanto, la nulidad, es propiamente en la forma del acto administrativo, más no en el fondo; lo que si supone un acto ilegal; por la ilícita configuración de sus requisitos esenciales.

8.- Los dictados para establecer la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables.- Son aquellos actos, los cuales declaran la retroactividad de una disposición administrativo-sancionadora no favorable al administrado. Esta causal, por su naturaleza, acusa inconstitucionalidad del acto administrativo, por cuanto, la ley suprema es clara al respecto, en el sentido de que; ante un conflicto de normas que impongan sanciones, se aplicará siempre la norma menos rigurosa para el infractor; aun cuando ésta fuere de posterior promulgación (Art. 76 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador); razón por la cual, no correspondería al órgano jurisdiccional ordinario, la imposición de la declaratoria, sino a la Corte Constitucional, por razones de materia.

9.- Los dictados para restringir derechos individuales o subjetivos.- Son aquellos actos, los cuales, por ser contrarios al ordenamiento jurídico, vulneran derechos individuales o subjetivos. Sobre este punto, es importante sostener, como ha sido reiterado en esta tesis, que si el acto, es irregular por estas circunstancias o presupuestos fácticos, estamos ante un acto ilegal, más no nulo, por cuanto, la nulidad es en la especie, en virtud de que, presupone la violación de los elementos formales del acto, más no, en el género, como lo es la ilegalidad, es decir, cuando el acto, ha sido emitido, sin observar los requisitos esenciales para su establecimiento, es decir, cuando por su objeto, fin o causa, vulnera el ordenamiento jurídico positivo.

10.- Los dictados bajo el ángulo del silencio administrativo.- Son aquellos actos los mismos que advierten contrariedad al derecho autónomo nacido del acto presunto derivado del silencio administrativo por efecto positivo, teniéndose así por nulos de pleno derecho. La nulidad de pleno derecho, operaría esencialmente, por cuanto, es inadmisibles, la extinción de un acto administrativo declarativo de derechos. Sin embargo, de nueva cuenta, sostengo, que todo acto opuesto al ordenamiento jurídico

general, sea de la jerarquía que sea, se tendrá por ilegal, más no por nulo, por cuanto, el primero, supone la contravención de la ley, por los elementos de fondo del acto, en tanto que el segundo, supone la contravención de la ley, por los elementos de forma del acto administrativo. En el asunto que nos ocupa, estamos ante la existencia de un acto presunto, resultante de la materialidad del silencio administrativo; de efecto positivo (declarativo de derechos); respecto del cual, no puede emitirse otro acto que persiga su extinción; puesto que al emitirlo, se estaría ante un acto atentatorio al ordenamiento jurídico vigente; es decir, ilegal; esto, por la ilícita configuración de sus elementos sustanciales.

11.- Los dictados, cuyos presupuestos fácticos, sean contrapuestos a la norma jurídica que se cita como sustento.- Son aquellos actos; los mismos que advierten contradicción entre el objeto o sustancia que los componen y la norma jurídica que ha sido invocada por la Administración, para garantizar el sustento de aquellos en el mundo jurídico. El objeto, como se ha dicho ya, es la sustancia del acto administrativo, es decir, el escenario fáctico que hace pertinente la emisión del acto, más, si este presupuesto esencial; acusa contradicción con la norma jurídica que se precisa para justificar jurídicamente la naturaleza y el fin mismo del acto; se tendrá, según nuestra legislación, como nulo de pleno derecho; lo que desde mi punto de vista, es inadmisibles, puesto que, si el acto, no reúne los requisitos que le son esenciales, es decir, si estos no han sido configurados en lícito modo, vulnerando así, el ordenamiento jurídico positivo, estamos ante un acto ilegal, más no nulo; como es en el caso que nos ocupa, en el que, se ha aplicado indebidamente la norma jurídica, lo que configura al acto, de plano, como ilegal. Recuérdese, que la jurisprudencia, en reiterados fallos, señala, que la nulidad opera únicamente cuando el acto administrativo, ha incurrido en alguna de las causales que establece el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; más, si el acto, no reúne los requisitos esenciales para su emisión, es decir, si éstos han sido configurados en ilegal forma, se está ante un acto puramente ilícito.

12.- Los dictados, para favorecer un interés particular, contradiciendo los fines declarados en el mismo acto.- Son aquellos actos, lo cuales, tienen por finalidad, propender a la consecución de un interés particular, por sobre el fin declarado para el mismo acto, es decir, aquellos, cuyo contenido tiene por objeto satisfacer ilegítimamente un interés particular, lesionando así, los fines declarados en el mismo acto, los cuales, se entienden por regulares, en el sentido de que propenden a la materialidad del interés público o general. Esta operación jurídica, alcanzará pureza.

durante el despliegue ejecutivo del acto; esto es, que más allá del fin mismo del acto, la Administración, de manera arbitraria; efectivice y viabilice los presupuestos fácticos e ilegítimos contenidos en el acto, en la medida, de garantizar un interés particular o individual específico.

Bajo la acepción antes señalada, diríamos entonces, que estamos ante un acto ilegal, más no nulo, por cuanto supone, que aquél, por sus elementos de fondo, ha vulnerado el ordenamiento jurídico positivo. Un acto ilegal, como ya se ha dicho, se tiene por perfecto, cuando en él, no convergen los requisitos que le son inherentes, es decir, cuando aquéllos, son ilegales o ilícitos, causando así, lesión al imperio de la ley, en tanto que, si el acto, incurre en alguna de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; se tendrá por nulo; lo que según el tipo de nulidad en estudio, se tiene por inexistente.

13.- Los dictados, sin la debida motivación.- El artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, textualmente establece lo que sigue: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: 1) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.” En la especie, se colige que si el acto no enuncia o precisa las normas jurídicas sobre las cuales funda su existencia en el mundo jurídica; así como la pertinencia y congruencia de aquéllas en proporción a los presupuestos fácticos que advierten la necesidad de existencia del acto, se estará ante un acto nulo de pleno derecho. Por tratarse de una norma meramente constitucional, concluyo que, bajo esta acepción, no estaríamos ante un acto ilegal, sino ante un acto nulo, de resultar en contrario, por cuanto, la motivación, se tiene como un requisito de forma del acto administrativo; cuya omisión es causal de nulidad, más no de ilegalidad.

4.2.10.3.1. CARACTERÍSTICAS ADICIONALES Y DIFERENCIALES ENTRE LA NULIDAD ABSOLUTA O NULIDAD DE PLENO DERECHO Y LA ILEGALIDAD.-

Por su parte y en virtud de lo revisado, se colige que; un acto pura y absolutamente nulo, reúne las siguientes características:

a) Su alcance. La nulidad pura, tiene efecto erga omnes, razón por la cual, debe ser declarada, o bien de oficio por la propia Administración, o en su defecto, por los órganos jurisdiccionales ordinarios; independientemente, de que el recurrente la alegue en su recurso.

b) Los efectos retroactivos de su declaración (efecto ex – tunc) razón por la cual, desaparecen todos los efectos jurídicos derivados del acto nulo, entendiéndose como si éste no hubiese existido jamás.

c) El acto nulo, vulnera; única y exclusivamente, derechos objetivos del administrativo; aunque no se descarta la posibilidad, de que un acto nulo; lesione también derechos subjetivos.

d) Su transmisibilidad.- Además, los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, no surtirán materialidad respecto de los sucesivos que hayan sido emitidos, en tanto y en cuanto se tengan por independientes del acto nulo. Asimismo, si la nulidad de un acto administrativo, es parcial, es decir, que una de las partes de aquél sea nula, no implicará por esto, la nulidad de las otras, salvo que la parte nula, sea vinculante de las otras, a tal punto que no exista subsistencia sin su cohesión, en este caso, la nulidad a más de ser absoluta será universal en cuanto al acto per sé.

e) Su conversión.- Los actos nulos, que contengan partes de otro acto distinto, no impedirán la materialidad de los efectos del acto contenido; por ser independientes del primero (acto nulo o continente).

f) Por los actos nulos; en tratándose de la vulneración de un derecho subjetivo, no solamente que opera la reparación material de un derecho particular o inherente al administrado-recurrente, sino también, la reparación patrimonial, ésta última, cuando aquél, por el acto nulo, hubiese dejado de ejercer su derecho individual; esto, por surtir efectos ex – tunc.

g) Que la nulidad es en la especie, en la medida de que el acto administrativo incurra en alguna de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

h) Que la nulidad, es susceptible de ser declarada, tanto en sede administrativa así como en sede judicial.

i) Que la nulidad, es una sanción legal aplicable, tanto al acto así como al procedimiento administrativo; siendo por éste último, aplicable al acto primitivo u originador del procedimiento ilegítimo o al acto resultante (final) de la aplicación del procedimiento viciado de formalidad.

La ilegalidad, por su parte, recoge las siguientes características esenciales:

a) Todo acto ilegal, se presume por tal, cuando en él, no convergen los requisitos previstos en la ley para su emisión, es decir, cuando los componentes del acto en sí mismo, se hallan estructurados en modo ilegal.

b) Todo acto ilegal, no surte efectos retroactivos (efecto ex – nunc); es decir, que lo actuado anteriormente al acto ilegal, se tendrá por válido; en tratándose de un procedimiento administrativo; o simplemente; por el acto ilegal, no se tendrán por inválidos los actos de simple administración (incidentes directa o indirectamente en el fondo del acto administrativo final y definitivo) que hayan sido emitidos previamente; razón por la cual, esta figura jurídica, en cierto sentido, reconoce la existencia del acto; es decir, no hablamos de un acto como si éste no hubiese existido jamás; al contrario de un acto nulo. Por esto, se dice que respecto de un acto nulo, no opera la transmisibilidad ni tampoco la conversión.

c) Todo acto ilegal, vulnera; única y exclusivamente, derechos subjetivos del administrado.

d) Que la ilegalidad es en el género, en la medida de que se tiene por perfecta, cuando el acto administrativo no reúne los requisitos que le son esenciales (objeto, causa, fin).

e) Que la ilegalidad; solamente puede ser declarada en sede judicial; en virtud de que la legislación vigente, no prevé tal posibilidad a los órganos administrativos, véase así por ejemplo el ERJAFE.

f) Que la ilegalidad, opera solamente respecto de los actos administrativos; sin advertir para su existencia, la omisión de formalidades; sino de requisitos sustanciales (fondo).

4.2.10.3.2. CARACTERÍSTICAS NO DIFERENCIALES ENTRE LA NULIDAD E ILEGALIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO:

Son características comunes de la ilegalidad y la nulidad, las siguientes:

- a) Que tanto la ilegalidad o la nulidad, según sea el caso, debe ser fundada por quien las deduce como excepción, partiendo del principio jurisprudencial de que todo acto nulo es ilegal en tanto que no todo acto ilegal es nulo. Asimismo, si el recurrente, deduce cualquiera de ellas o ambas, pero bajo el contexto del enunciado jurisprudencial antes invocado, debe precisar las cuestiones de hecho y de derecho por las cuales presume que el acto es nulo o ilegal.
- b) Que ambas instituciones jurídicas, tienen como efecto singular y no diferencial; el retiro del acto administrativo del mundo jurídico.
- c) Que todo acto nulo o ilegal, según sea el caso, es capaz de lesionar derechos subjetivos inherentes al administrado; lo que implicaría entonces, que por la vía contencioso administrativa subjetiva, el recurrente pueda pretender la reparación de un derecho particular que le es propio, solicitando al órgano jurisdiccional, o bien la declaratoria de nulidad o en su defecto la declaratoria de ilegalidad, según sea el caso.
- d) Su prescriptibilidad; esto es, que las acciones judiciales o administrativas propuestas contra un acto nulo o ilegal, serán ejecutadas al tenor de los plazos y/o términos previstos en el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Sede Judicial).
- e) La imposibilidad de convalidar los actos nulos puros o los ilegales, a través de la emisión de un acto convalidatorio.
- f) Conforme a lo que he sostenido a lo largo de este apartado, concluiríamos también, que la ilegalidad y la nulidad, son similares en cuanto a los actos susceptibles de su repercusión, tal es así, que un acto general puede ser nulo o ilegal o en su defecto, un acto particular puede ser nulo o ilegal, todo esto, dependiendo si el acto, sea general o particular, incurrió en los supuestos fácticos que los instituyen. En consecuencia, un acto general o particular, es nulo, cuando ha incurrido en las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto que un acto general o particular, es ilegal, cuando en él, no convergen los requisitos que le son esenciales (objeto, causa, fin); es decir, cuando han sido configurados en ilegal forma.

Ahora bien, y desde mi punto de vista, la nulidad, debe ser enfocada desde un ángulo meramente formal; esto es, cuando el acto; no recoge los elementos formales que le son esenciales para existir, tales como la motivación, la publicidad o notificación, el cumplimiento de los requisitos esenciales previo a su emisión, la competencia para su emisión, etc; más no; por asuntos de fondo. Al respecto, la jurisprudencia señala: *“Conforme ha señalado, en numerosas ocasiones, esta Sala, la ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie, en tratándose de un recurso subjetivo como es el propuesto por el recurrente; siempre que se viola un derecho subjetivo del recurrente o se emite un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión se está ante un acto ilegal, mas tal acto ilegal es nulo únicamente cuando se encuentra en uno de los casos determinados en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, cuando lo ha emitido una autoridad carente de competencia para dictarlo o cuando no se han cumplido los elementos esenciales del acto administrativo. El acto ilegal evidentemente existió, solo que no es eficaz; en tanto que el acto nulo se reputa inexistente. Como consecuencia de ello, los efectos de la ilegalidad y de la nulidad son totalmente diferentes: cuando el acto es nulo, considerar, en derecho, que éste no existió, trae como consecuencia la necesidad de otorgar al afectado por aquel acto nulo todos los valores que, por remuneraciones, debía recibir durante el lapso en que permaneció extrañado de sus funciones, como consecuencia de un acto inexistente; en tanto que en el caso de la ilegalidad, al existir el acto, aunque con incapacidad de producir efectos por su ilegalidad, no hay lugar al pago de tales remuneraciones.”*⁵⁵; de la cual, se colige, que la ilegalidad de un acto administrativo, se materializa, cuando aquél , no reúne los requisitos esenciales para su emisión, por haber sido configurados en ilícito sentido, en tanto que la nulidad, opera única y exclusivamente cuando se han materializado alguna de las causales previstas en el Art. 59 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; es decir, cuando el acto ha sido emitido por una autoridad administrativa incompetente, o en su defecto; cuando no se han observado los elementos esenciales del acto administrativo. Por lo tanto, la nulidad opera esencialmente por asuntos de forma, en tanto que la ilegalidad, opera por asuntos estrictamente de fondo.

Ahora bien, la ilegalidad de un acto administrativo, como se ha dicho ya, causa la vulneración de derechos subjetivos del administrado, razón por la cual, debe ser

⁵⁵ Serie 18, Gaceta Judicial 9 de 09-nov-2009.

perseguida a través del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, en tanto que la nulidad, vulnera derechos objetivos del administrado, pero aleatoriamente, es capaz de vulnerar derechos subjetivos inherentes al administrado; razón por la cual, éste mecanismo de invalidez, puede ser reclamado o pretendido por ambas vías contenciosas administrativas, dependiendo fundamentalmente, de la naturaleza jurídica del derecho vulnerado; caso contrario, se estará ante una demanda contencioso-administrativa mal planteada. La Jurisprudencia al respecto, sostiene: *“TERCERO.- En el presente caso de autos consta lo siguiente: a. El actor en su libelo de demanda en el acápite tercero dice expresamente lo siguiente: "Con estos antecedentes y fundado en las disposiciones de los artículos 96 inciso tercero de la Constitución Política de la República; 1, 3 inciso tercero 5, 10 literal a) 23 literal c) 24 literal a) 59 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, demando en acción de anulación objetiva por exceso de poder al señor ingeniero Ramón Humberto Vera León, en su calidad de Presidente Ejecutivo de la CODIGEM, a fin de que en sentencia se declare la ilegalidad y absoluta invalidez jurídica del acto administrativo contenido en la acción de personal No. 720 del 23 de diciembre de 1993, mediante el cual la referida autoridad nominadora resuelve notificarme con la cesación de mis funciones de Especialista en Geología y Minas 2, a partir del primero de enero de 1994; se lo condene a la inmediata restitución al puesto de cuyo ejercicio se me ha privado, con el correspondiente pago de todas las remuneraciones y más beneficios de ley que me correspondan por todo el tiempo que permaneciere alejado del ejercicio de mis funciones en virtud de la expedición del acto administrativo que impugno.".* b. La sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Primera Sala con fecha 11 de junio de 1996 a las 15h00, señala en el acápite cuarto lo siguiente: **CUARTO.- Del análisis que precede, se concluye que el recurso que amparaba a los derechos subjetivos del actor, era el subjetivo o de plena jurisdicción; pues, con su demanda, está pretendiendo la devolución del cargo y el pago de todas las remuneraciones. Por lo expuesto, sin que sea necesario otras consideraciones, al no proceder el recurso objetivo o de anulación o por exceso de poder deducido por Segundo Rosendo Tusa Paredes la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN **NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY**, desecha la demanda. Sin costas. Notifíquese.** "c. De lo que se colige que fue el propio actor que en su libelo, demanda en acción de anulación objetivo por exceso de poder, muy diferente a la acción subjetiva o de plena jurisdicción, como bien lo señala el fallo de primera instancia; y, si bien el objeto de la demanda es someter su pretensión al juzgador a quien solicita una sentencia favorable, no es menos cierto que una

*demanda mal planteada o infundada no produce el efecto jurídico que se proponía, pero mientras la litis está pendiente no podía saberse si existe la acción y por lo tanto si podía ser ejecutada, por lo que bien hizo el Tribunal a quo al dictar sentencia desechando la demanda tal como ésta fue planteada, sin que de modo alguno haya concurrido en el fallo del inferior la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación.*⁵⁶

4.2.10.4. LA ANULABILIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

La figura de la anulabilidad de los actos administrativos, aparece en nuestra legislación, con el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, cuando éste, en su Art. 130, expresa: “Art. 130.- Anulabilidad.

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

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

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.”

En virtud de la norma jurídica que ha sido citada, diríamos entonces, que la anulabilidad de un acto administrativo, opera; cuando aquél, adolece de vicios meramente formales, los mismos que pueden ser susceptibles de convalidación. La anulabilidad, por su naturaleza y concepción legal, no advierte una lesión sustancial al orden jurídico, sino más bien, supone contravenciones leves las mismas que pueden ser subsanadas oportunamente.

Una vez, precisado el concepto de anulabilidad, diríamos entonces, que las características de un acto anulable, son:

⁵⁶ Expediente de Casación 43, Registro Oficial 46 de 17-abr-1997.

a) En cuanto a su alcance, la anulabilidad debe ser perseguida por el administrado que tenga interés en ella; es decir, por quien porte el derecho que se encuentra en estado de vulnerabilidad; sin perjuicio, de que la Administración Pública, declare el acto convalidatorio correspondiente, de oficio.

b) La doctrina sostiene que la anulabilidad de los actos administrativos, puede ser declarada por la Administración; más no por los órganos jurisdiccionales ordinarios; lo que ciertamente, no comparto, puesto que; es competencia del órgano jurisdiccional ordinario, garantizar el imperio de la legitimidad de cada uno de los actos de la administración, cuando el interesado, ha expuesto su inconformidad, a través de la presentación del respectivo recurso contencioso-administrativo, y por ser la anulabilidad, a la final, un vicio relativo, no es menos cierto afirmar, que es una infracción al ordenamiento jurídico, por parte del acto; cuyo conocimiento y juzgamiento, puede ser sometido a la justicia ordinaria. Sin embargo, la competencia del órgano jurisdiccional, se tendría por tal; concretamente, cuando la Administración no ha emitido el acto convalidatorio; a la fecha de la presentación de la demanda contenciosa-administrativa; y paralelamente, cuando el recurrente la persiga (causa petendi) por intermedio de su recurso contencioso-administrativo.

c) La anulabilidad surte efectos jurídicos, de naturaleza *ex – tunc*; razón por la cual, todos los actos emitidos previo al acto anulado, no acusarán conservación. Además, un acto anulable es susceptible de conversión y a su vez, es capaz de causar efectos transmisibles, como un acto nulo de pleno derecho. (Véase ilegalidad y nulidad de pleno derecho del acto administrativo)

Ahora bien, se consideran vicios de anulabilidad de un acto administrativo; los cuales son susceptibles de convalidación; los siguientes:

a) La desviación de poder, es decir, cuando el acto administrativo ha sido emitido por una autoridad administrativa incompetente en razón del grado; vicio que será convalidado a través de la emisión del acto convalidatorio de rigor, emitido por el órgano competente superior en grado.

b) El defecto de forma, en tanto y en cuanto, el acto carezca de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o cause indefensión a los interesados.

c) La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo previsto para la consecución de aquellas, se tendrá como causal de anulabilidad, en tanto y en cuanto, la naturaleza del plazo o término concedido para tales efectos, así lo imponga, con excepción de aquellas actuaciones administrativas posteriores a la existencia del acto presunto de efecto positivo resultante del silencio administrativo, en cuyo caso, se tendrán por nulas de pleno derecho en tanto y en cuanto, lesionen el derecho autónomo derivado del acto presunto.

d) La inexistencia de autorizaciones previas, las mismas que podrán ser convalidadas a través de la emisión de aquéllas; por el órgano administrativo competente.

f) Su transmisibilidad.- Al igual que la nulidad, los efectos de la declaratoria de anulabilidad de un acto administrativo, no surtirán materialidad respecto de los sucesivos que hayan sido emitidos, en tanto y en cuanto se tengan por independientes del acto anulado. Asimismo, si la anulabilidad de un acto administrativo, es parcial, es decir, que una de las partes de aquél sea anulable, no implicará por esto, la anulabilidad de las otras, salvo que la parte anulada, sea vinculante de las otras, a tal punto que no exista subsistencia sin su cohesión, en este caso, la anulabilidad a más de ser relativa, será universal en cuanto al acto per sé.

g) Su conversión.- Los actos anulables, que contengan partes de otro acto distinto, no impedirán la materialidad de los efectos del acto contenido; por ser independientes del primero (acto anulado o continente).

4.2.10.5. LA REVOCACIÓN O ABROGACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS:

Previo a efectuar el análisis correspondiente, en cuanto a la temática propuesta, resulta indispensable efectuar un análisis preliminar sobre las causales por las cuales un acto administrativo deja de producir efectos jurídicos directos y como consecuencia de ello, se extingue; siendo éstas:

a) Agotamiento de su contenido.- El agotamiento de un acto administrativo, por su contenido, y en consecuencia, su extinción o desaparición del mundo jurídico, se produce cuando el plazo que ha previsto el mismo acto, para la consecución de sus fines, ha fenecido. Asimismo, opera el agotamiento por el contenido del acto, cuando las finalidades de éste, han causado estado de materialidad.

b) Extinción de su objeto.- La extinción de un acto administrativo, por su objeto, opera fundamentalmente, cuando su contenido, no guarda proporción con la especie fáctica de la realidad; estimándose al acto, desde ya, por impertinente, como cuando se declara estado de emergencia cuando en la realidad, no acontecen los elementos para la declaratoria de tal estado. Asimismo, opera la extinción del acto por su objeto, cuando ya no existen méritos de especie fáctica para mantenerlo superviviente; sea por causas supervinientes o por causas endógenas no conocidas por la Administración al momento de la emisión o inexistentes; al momento de dictar el acto originario.

c) Cumplimiento de una condición resolutoria.- Cuando la finalidad o fin de un acto administrativo; pende de una condición fáctica, de carácter resolutoria, y si ésta, se materializa, se entiende entonces, que opera materialmente la finalidad del acto; y por tanto, se efectiviza (ejecutividad); y una vez ejecutado, automáticamente desaparece del mundo jurídico.

d) Decaimiento.- El decaimiento del acto administrativo, sucede cuando en la materia, la finalidad del acto administrativo, es imposible de ejecutar para la Administración; no por descabellado, sino por causas fortuitas o de fuerza mayor, como cuando se extiende un nombramiento para determinado funcionario y éste fallece. (Desaparecimiento del objeto del acto por imposibilidad en su ejecución)

e) Renuncia tácita o expresa por parte del interesado o de la Administración.- El acto administrativo, es susceptible de extinción, cuando éste, siendo declarativo de derechos o facultades, se interrumpe y como consecuencia de ello, se extingue; sea por razones de renuncia expresa o tácita del interesado o en su defecto, por razones de renuncia expresa o tácita de la Administración. Por la primera, se entiende entonces, que si el interesado, favorecido por la finalidad de un acto administrativo, renuncia al beneficio, automáticamente opera el retiro del acto; en tanto que por la segunda, se entiende entonces que si la Administración incurre en inactividad, es decir, no ejecuta la finalidad de un acto administrativo en concreto, automáticamente y en forma tácita, opera el retiro de aquél.

e) Retiro con efecto (ex – nunc).- Son aquellos actos, que por su naturaleza atentatoria al interés público; son retirados del mundo jurídico, específicamente por razones de oportunidad, conveniencia o mérito.

f) Sustitución.- Son aquellos actos, los cuales, alcanzan extinción; por ser sustituidos por otro. Es preciso señalar, que el acto administrativo, al momento de ser sustituido, no surte efectos retroactivos, esto es, que se derivará toda consecuencia jurídica, a partir del acto sustituyente. En definitiva, la sustitución, es el reemplazo de un acto administrativo por otro, sea por razones de legitimidad o por razones de oportunidad, lo que podrá derivar en la extinción total o parcial del acto sustituido, siendo en el segundo caso, la reforma del acto sustituido, por el acto sustituyente; siempre y cuando, la ley, contemple la posibilidad, ya que, si la naturaleza jurídica del acto a sustituirse contraviene con la del sustituyente, estaremos ante un acto ilegítimo.

Ahora bien, una vez analizadas las figuras jurídicas antes señaladas, decimos de la revocación lo siguiente:

A) CONCEPTOS Y CONCEPCIONES GENERALES RESPECTO DE LA REVOCACION DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.-

Antes de precisar un concepto claro sobre la revocación o abrogación de un acto administrativo, procedo a canalizar, a través de la legislación comparada, las diversas acepciones latinoamericanas respecto de lo que supone esta figura jurídica. Por una parte tenemos la concepción o tendencia habilitadora, la misma que sostiene, que todo órgano administrativo, goza de la plena potestad legal, para revocar sus propios actos. Tal es así, por ejemplo que la Ley de Procedimiento de Honduras (Decreto 152-87); en su artículo 121 establece: *“el órgano que dictó el acto [...] podrá revocarlo o modificarlo cuando desaparecieren las circunstancias que lo motivaron o sobrevinieren otras que, de haber existido a la razón, el acto no habría sido dictado. También podrá revocarlo o modificarlo cuando no fuere oportuno o conveniente a los fines del servicio para el cual se dicta.”* Por este concepto, diríamos entonces que una característica natural del acto administrativo, es la revocabilidad y a la vez, un método ordinario para su extinción.⁵⁷ En Chile, la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos (Ley 19880) señala: *“...los actos administrativos podrán ser revocados por el órgano que los hubiere dictado...”*; sin embargo, la misma ley establece: *“...cuando se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente, cuando alguna ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o cuando, por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto...”* coligiéndose entonces, que en estos casos no procederá la revocación del acto

⁵⁷ González Pérez afirma que *«el acto administrativo es, esencialmente, revocable»* (GONZÁLEZ PÉREZ, J. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1988, p. 932).

administrativo; lo que supone, que la legitimidad, es una cualidad intrínseca que debe caracterizar al acto revocatorio, caso contrario, se estaría ante un acto ilegal, es decir, irregular; lo que permite afirmar, que el ejercicio de la potestad revocatoria, opera en esencia y sin desviación, bajo el imperio de la ley o en respeto de la concesión de derechos individuales. La Ley de Procedimiento Administrativo de Costa Rica, (ley 6227 del 2 de mayo de 1978), sobre esta institución jurídico-administrativa señala: *“...el acto administrativo podrá revocarse por razones de oportunidad, conveniencia o mérito, con las excepciones que contempla esta ley...”*, y, cuando refiere a los presupuestos de fundamentación jurídica y fáctica para la declaratoria de revocación, la misma ley prescribe lo que sigue: *“...la revocación deberá tener lugar únicamente cuando haya divergencia grave entre los efectos del acto y el interés público, pese al tiempo transcurrido, a los derechos creados o a la naturaleza y demás circunstancias de la relación jurídica a que se intenta poner fin”* (artículo 152), para ello *“la revocación podrá fundarse en la aparición de nuevas circunstancias de hecho, no existentes o no conocidas al momento de dictarse el acto originario”*, así como *“también podrá fundarse en una distinta valoración de las mismas circunstancias de hecho que dieron origen al acto, o del interés público afectado...”* (Artículo 153). Como puede evidenciarse, la legislación costarricense, es mucho más avezada en cuanto a la institucionalidad misma de la revocatoria, cuando prevé tres condiciones para el perfeccionamiento material de la misma, siendo éstas: a) Cuando el acto; por su finalidad, contraviene al interés público o cualquier circunstancia que atente a la Administración (razones de mérito); b) Cuando desaparezcan las razones de pertinencia que primitivamente instituían de procedente y admisible al acto administrativo; por razones de indebida valoración fáctica (razones de oportunidad) y, c) Cuando sobrevengan circunstancias de hecho o de derecho nuevas o diferentes a las conocidas al momento de dictar el acto primitivo y que por su naturaleza, se contrapongan al objeto con repercusión a la finalidad de aquél; las que se tendrán como razones de conveniencia; teniéndose por tales, cuando nacen puramente de la ley o de lo fáctico; como cuando se ejecuta una facultad, que al momento de la emisión del acto revocado, se hallaba contemplada en la legislación vigente a la época de la emisión, más al momento de su ejecutividad, se tiene por inexistente en la legislación positiva y vigente al momento de la ejecución; o como cuando se declara estado de emergencia más los hechos que sirvieron para la declaratoria de tal estado, han desaparecido por otros de menor complejidad. Por su parte, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia (ley 1437 de 2011), respecto de la revocación de los actos administrativos, estipula lo siguiente: *“los actos administrativos deberán ser revocados por las mismas*

autoridades que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores jerárquicos o funcionales, de oficio o a solicitud de parte: Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley, cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él y cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona...” (Artículo 93). La legislación colombiana, precisa algunas características interesantes respecto de la procedencia jurídica de la revocación, al sostener varias condiciones para su materialidad, por razones estrictamente de oportunidad, siendo éstas: a) Cuando el acto administrativo, por su finalidad, vulnere la Constitución; b) Cuando el acto administrativo; por su finalidad, vulnere la ley superior; c) Cuando el acto administrativo no halle conformidad con el interés público; esto, por incompatibilidad jurídica o fáctica; d) Cuando el acto administrativo, por su finalidad, viole el interés público; y e) Cuando el acto, por su finalidad, perjudique al administrado. Por su parte; la Ley de Procedimiento Administrativo de Argentina (ley 19.549); sobre este tema, apunta: “[...] *el acto administrativo regular, del que hubieren nacido derechos subjetivos a favor de los administrados, no puede ser revocado, modificado o sustituido en sede administrativa una vez notificado. Sin embargo, podrá ser revocado, modificado o sustituido de oficio en sede administrativa si el interesado hubiere conocido el vicio, si la revocación, modificación o sustitución del acto lo favorece sin causar perjuicio a terceros y si el derecho se hubiere otorgado expresa y válidamente a título precario. También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados...*”; de la cual, se desprenden dos grandes escenarios sobre los cuales, es posible la declaratoria de revocabilidad de un acto administrativo; siendo éstas: a) Cuando el acto administrativo, regular en el origen, se constituya en declarativo de derechos a favor del administrado, siendo por tanto, imposible la reforma, revocación o sustitución del acto administrativo, más, si el administrado conocía del vicio del acto, o si por la revocatoria, modificación o sustitución; se tendrá por favorecido el administrado, sin por esto, causar daños a terceros; o si el derecho ha sido materializado precariamente, es decir, sin cubrir los requisitos esenciales que prevé la ley para su concesión, será posible la declaratoria de revocabilidad del acto, solamente en sede administrativa; y, b) Cuando el acto administrativo, por razones de su finalidad, contravengan al interés público, o desaparezcan las cuestiones fácticas o jurídicas que sirvieron inicialmente de base para la emisión de aquél, o sobrevengan circunstancias supervinientes de orden legal o fácticas, según sea el caso, que tornen impertinente la existencia jurídica de aquél, será legalmente admisible revocarlo, reformarlo o sustituirlo, por razones de oportunidad, conveniencia o mérito.

Por lo tanto, diríamos entonces que la revocación del acto administrativo, opera fundamentalmente cuando aquél, es inadmisibles por razones de mérito, de oportunidad o de conveniencia. El acto administrativo es inadmisibles por razones de mérito, cuando no prevé los medios para ejecutar adecuadamente el objetivo de interés público que le constituye. El acto administrativo, es inadmisibles por razones de conveniencia cuando las cuestiones fácticas o jurídicas que lo instituyen, han desaparecido, tornándose en la consecuencia, por impertinente. Finalmente el acto administrativo, es inadmisibles por razones de conveniencia, cuando aparecen condiciones nuevas; sean jurídicas o fácticas que modifican enteramente la finalidad de aquél.

B) FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES RESPECTO DE LA REVOCACIÓN O ABROGACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS.

Como se ha dicho ya, un acto administrativo es susceptible de revocación, por razones de oportunidad, conveniencia o mérito. Sin embargo, la doctrina actual y la jurisprudencia internacional, consideran que la revocación operará por una razón en concreto, en la medida de garantizar su perfeccionamiento, siendo ésta, la de mérito. Es así, que sostienen que un acto administrativo, es susceptible de revocación; por razones estricta y unitariamente de mérito, cuando: a) Ha operado, una modificación objetiva de las circunstancias de hecho externas al acto; acontecida con posterioridad a su emisión, lo que constriñe en cierto modo al órgano administrativo emisor, a retirar el acto administrativo, por contraponerse al interés público. Diríamos entonces, que el retiro del acto administrativo, bajo esta acepción, se tendrá por admisible, o bien cuando aparecen nuevos presupuestos fácticos; no conocidos o inexistentes al momento de dictar el acto primitivo, siendo así contradictorios al contenido de aquél, o en su defecto, cuando desaparece el hecho o condición de realidad que sirvió de sustento para la emisión del acto originario; tornándose en la consecuencia, imposible; b) Ha operado, una modificación absoluta y universal del derecho derivado del acto originario, de modo sobreviniente; tornándose así incompatible; desde el ámbito legal; al estado preexistente de cosas que instituyó al acto primitivo; c) El acto ha sido emitido, en razón de una indebida valoración del marco jurídico; d) El acto ha sido emitido, en virtud de una indebida valoración de las circunstancias fácticas, que bajo el ángulo de la supremacía de la realidad, rodearon inicialmente al acto originario. Ahora bien, es importante tomar en consideración, que la facultad de revocar un acto administrativo; debe estar expresamente señalada en la ley, por observancia del principio de legalidad que es propio del derecho público-administrativo, razón por la

cual, si la ley no prevé tal facultad, el órgano emisor de un acto ilegal o nulo, es incapaz de revocarlo de oficio o a petición de parte, en sede administrativa.

4.2.10.6. ILEGALIDAD, NULIDAD, ANULABILIDAD, REVOCACION, INEXISTENCIA, E INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, SEGÚN LA DOCTRINA.-

La ilegalidad del acto de simple administración, opera fundamentalmente cuando en él, no convergen los requisitos que la ley establece para su emisión; como por ejemplo los informes o dictámenes, los mismos que deben contener como mínimo los siguientes requisitos esenciales:

- a) Resumen de la cuestión objeto de la consulta;
- b) Relación de los antecedentes que sirvan de elementos de juicio para resolver; y,
- c) Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada.

Asimismo, la ilegalidad, se tendrá por pura, cuando el acto de simple administración, inobserva el ordenamiento jurídico vigente, es decir, cuando lo incumple; vulnerando así, el principio del imperio de la ley.

La nulidad del acto de simple administración, operará cuando, aquél, haya sido emitido:

- a) Por un órgano manifiestamente incompetente en razón del territorio, la materia o el tiempo,
- b) Sin la observancia de las formalidades legales previas a su emisión,
- c) Cuando su contenido sea imposible, en el plano jurídico, es decir, cuando las cuestiones jurídicas que sostienen el acto son incompatibles con la norma legal vigente.
- d) Por falta de motivación,
- e) Incongruencia entre los presupuestos fácticos y las normas jurídicas aplicadas, todo esto, en torno a la consulta planteada; y,

- f) Cuando procura viabilizar la adquisición de derechos y facultades, respecto del destinatario; el cual, en la especie, se reputa por incompatible para tales efectos.

Sin embargo, con excepción de los literales a, b y d; y como se ha dicho ya; durante el desarrollo de la presente tesis, un acto de simple administración, se entiende de naturaleza ilegal, más no nula, cuando, no convergen en él, los requisitos que le son inherentes, es decir, cuando han sido configurados en órbita ilícita, concluyendo entonces, que la nulidad de un acto de simple administración, causará institucionalidad sobre la violación a la formalidad elemental del acto.

La anulabilidad del acto de simple administración, operaría, cuando éste ha sido emitido, por un órgano incompetente en razón del grado (desviación de poder) o sin las autorizaciones previas que manda la ley o por defectos de forma, en tanto y en cuanto, éstos carezcan de los requisitos esenciales para alcanzar su fin. Por este concepto, los actos de simple administración, son susceptibles de convalidación.

La revocación del acto de simple administración (INFORMES) operará cuando aquél, procure o promueva la vulneración del orden o del interés público o en su defecto, cuando su sustento técnico o jurídico sea incompatible con la realidad, sea por causas sobrevinientes o por desaparecimiento de las primitivas.

La inexistencia del acto de simple administración, opera cuando la finalidad de aquél, versa sobre cuestiones fácticas imposibles en la realidad de especie.

Finalmente, la inconstitucionalidad del acto de simple administración, opera cuando promueve la vulneración de los principios y normas de naturaleza constitucionales, tales como derechos, garantías, etc.

4.2.10.7. ILEGALIDAD, NULIDAD, ANULABILIDAD, REVOCACION, INEXISTENCIA, INCONSTITUCIONALIDAD E INCUMPLIMIENTO DEL ACTO NORMATIVO; SEGÚN LA DOCTRINA:

La ilegalidad del acto normativo, opera fundamentalmente cuando en él, no convergen los requisitos que la ley establece para su emisión; es decir, cuando sus requisitos han de ser configurados en órbita ilícita, como cuando se emite un reglamento; sin las justificaciones técnicas y fácticas correspondientes.

La nulidad de un acto normativo opera; cuando éste ha sido emitido por un órgano manifiestamente incompetente en razón del territorio, la materia y el tiempo, o en su defecto, cuando no se han observado las formalidades elementales previas a su emisión.

Según la legislación vigente, diríamos también que la nulidad de un acto normativo, opera cuando:

- a) Su contenido es imposible en el plano jurídico, es decir, cuando en el plano jurídico, es decir, cuando las cuestiones jurídicas que sostienen el acto son incompatibles con la norma legal vigente.
- b) Constituye infracción penal o nace como consecuencia de ella;
- c) Viola el ordenamiento jurídico superior; y,
- d) Cuando ha sido emitido por un órgano manifiestamente incompetente.
- e) Cuando se han omitido las formalidades sustanciales para su emisión.

Sin embargo, como se ha dicho ya, las causales antes señaladas no son causantes de nulidad, por cuanto, ésta es en la forma, puramente en la forma, más no en el fondo, lo que es una característica pura de la mera ilegalidad de los actos.

La anulabilidad de un acto normativo, operaría fundamentalmente cuando éste ha sido emitido por una autoridad manifiestamente incompetente en razón del grado o en su defecto, cuando ha sido emitido, fuera del tiempo previsto en la ley para su emisión.

La revocación de un acto normativo, opera:

- a) Cuando el acto normativo, es atentatorio al interés público.
- b) Cuando el acto normativo, en cuanto a su contenido, es incompatible a la realidad o cuando previo a ser emitido, sus justificaciones técnicas y jurídicas, guardaban proporción a la verdad, más al momento de su emisión, éstas se tienen por desaparecidas o inexistentes.
- c) Cuando sobrevienen circunstancias posteriores, que hacen impertinente el fin mismo del acto normativo.

La inexistencia de un acto normativo, opera cuando su finalidad se tenga por imposible, desde el punto de vista meramente fáctico o material.

La inconstitucionalidad de un acto normativo, opera cuando ha provocado la vulneración de los principios y normas de naturaleza constitucionales, tales como derechos, garantías, etc.

En cuanto a la sanción constitucional de incumplimiento, ésta refiere a la inejecutabilidad de los actos normativos o actos administrativos de carácter general respecto de la Administración, sea por inactividad propiamente dicha o por la emisión de decisiones, manifestaciones, operaciones o convenciones administrativas que, en razón de su finalidad u objeto, inobservan el ordenamiento jurídico vigente. Por lo tanto, la sanción de incumplimiento, advierte dos posibilidades perfectibles para su materialización, siendo la primera, la inactividad de la administración, ante el imperio de un acto normativo o acto administrativo de carácter general, cuyo cumplimiento le resulta obligatorio, en tanto que la segunda, refiere a la materialidad de los actos que inobservan el ordenamiento jurídico positivo; es decir, que no nacen del imperio de la norma jurídica. En tratándose de actos de carácter general, corresponde a la Corte Constitucional, en conformidad con lo que dispone el Art. 436 de la Constitución de la República del Ecuador, conocer y declarar la sanción de incumplimiento, en tanto que, respecto de actos de carácter particular, corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa, conocer y discernir dichos asuntos; bajo la figura de la mera ilegalidad, aunque la doctrina, sostenga en respecto de la nulidad.

4.2.10.8. ILEGALIDAD, NULIDAD, ANULABILIDAD, REVOCACION, INEXISTENCIA E INCONSTITUCIONALIDAD DEL HECHO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.-

La ilegalidad del hecho administrativo, opera, cuando éste, ha sido ejecutado, sin observar los requisitos esenciales para tal efecto; es decir, cuando han sido configurados en ilícita forma; esto es, que la actividad material contravenga a los supuestos fácticos que prevé el ordenamiento jurídico.

La nulidad del hecho administrativo, opera, cuando la actividad material ha sido ejecutada, por un órgano manifiestamente incompetente en razón del territorio, la materia o el tiempo, o en su defecto, cuando no se han observado las formalidades esenciales para su ejecución, es decir, la existencia de norma jurídica expresa y vigente; al momento de la ejecución de la actividad material, o la existencia de acto administrativo previo.

La anulabilidad de un hecho administrativo, opera cuando éste, ha sido ejecutado por un órgano manifiestamente incompetente en razón del grado.

La revocación del hecho administrativo, opera, cuando éste ha sido ejecutado en expresa vulneración del interés público o cuando, la sustancia fáctica de la actividad material ejecutada, contraviene con la realidad que le debe ser intrínseca o en su defecto, cuando ha desaparecido el mérito jurídico o fáctico para su ejecución.

La inexistencia del hecho administrativo, opera, cuando la actividad material, se tiene por imposible; en el ámbito puramente fáctico.

La inconstitucionalidad del hecho administrativo, opera, cuando la actividad material como tal, en cuanto a sus efectos derivados de su aplicación, han causado lesión a los derechos y garantías constitucionales de los administrados en general.

4.2.10.9. ILEGALIDAD, NULIDAD, REVOCACION, INEXISTENCIA, INCONSTITUCIONALIDAD Y ANULABILIDAD DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.-

La ilegalidad de un contrato administrativo, opera; cuando han sido celebrados, sin observar las condiciones legales obligatorias que le son inherentes para su perfeccionamiento; como cuando no se precisa el objeto o la forma de pago del contrato.

La nulidad de un contrato administrativo, opera esencialmente, cuando:

- a) La Entidad Contratante, actuare con manifiesta incompetencia al momento de su adjudicación o suscripción; por razones de territorio, materia o tiempo.
- b) El contratista, incurriere en alguna de las inhabilidades especiales o generales establecidas en la ley; al momento de la suscripción del contrato.
- c) No se observaren las formalidades sustanciales para su otorgamiento (procedimiento precontractual)
- d) Por las demás causales previstas en la ley. (Código Civil)

La revocación de un contrato administrativo, esencialmente opera, cuando su objeto es impertinente, es decir, cuando no existe mérito para su subsistencia, sea por

razones técnicas, económicas o jurídicas. Asimismo, un contrato administrativo, es susceptible de revocación, cuando su objeto, es inconveniente a los intereses institucionales. Sobre este mismo punto, decimos que los contratos administrativos, son susceptibles de terminación unilateral, fundamentalmente; cuando éste; o bien vulnera el interés público, o en su defecto, cuando éste no es pertinente a la realidad, por razones de desaparecimiento o modificación de la especie fáctica; o simplemente, cuando el contratista, hubiese incumplido con sus obligaciones contractuales, o hubiese quebrado, o cuando suspendiere los trabajos por más de sesenta días o finalmente cuando las multas aplicadas al contratista, son superiores al valor suprayacente a la garantía de fiel cumplimiento. En estos casos, el retiro del contrato administrativo, respecto del mundo jurídico, se tendría como un modo paralelo de revocación. Asimismo, cuando el contrato termina por causas imputables a la entidad contratante (Art. 96 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública), diríamos entonces, que estamos ante un modo paralelo de revocación, reclamado obviamente por el contratista; inclusive en sede judicial.

La inconstitucionalidad de un contrato administrativo, podría tenerse por tal, cuando el objeto del mismo, lesiona normas constitucionales.

La inexistencia de un contrato administrativo, operaría cuando éste, no hubo de ser suscrito en el plazo de quince días; sea por la entidad contratante o en su defecto, por el adjudicatario; o en su defecto, cuando su objeto, es imposible desde el ámbito puramente fáctico y finalmente, cuando su existencia no se halla sujeta a norma jurídica preexistente que viabilice su materialidad en el mundo jurídico.

Finalmente, la anulabilidad de un contrato administrativo, opera ante tres circunstancias posibles:

- Emanación por autoridad manifiestamente incompetente, en razón del grado.
- Defecto de forma, en tanto y en cuanto, se hayan omitido los requisitos indispensables para el cumplimiento de su objeto.
- Falta de informes o autorizaciones previas.

4.2.11. LA NULIDAD, ANULABILIDAD, INEXISTENCIA E INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.-

La nulidad del procedimiento administrativo, se entiende, desde ya como aquella sanción aplicable al trámite dirigido y ejecutado por la Administración, fundamentalmente cuando ha intervenido una autoridad manifiestamente incompetente o en su defecto, cuando se han omitido las formalidades que le son sustanciales al mismo.

Ahora bien, la sanción de nulidad, es susceptible de aplicación en cualquier grado del procedimiento, es decir, desde su inicio hasta su finalización, es decir, repercutido al acto administrativo resultante de aquél.

Sin embargo, es preciso señalar, que la nulidad, se tendrá por pura, cuando la omisión, haya causado gravamen irreparable a las partes intervinientes o interesados o en su defecto, haya incidido en la orientación de la decisión de la causa.

Es así entonces, que si se omite una estación procesal o en su defecto, se vulnera la garantía del debido proceso, la misma que es aplicable a los procedimientos administrativos, tal cual como lo sostiene la jurisprudencia ecuatoriana, el procedimiento como tal, adolecerá de vicios los cuales, por su naturaleza, se tienen por insubsanables.

En consecuencia y, bajo esta óptica, se colige que un procedimiento administrativo, puede ser nulo o anulable, pero esencialmente nulo, en tanto y en cuanto, converjan cualquier de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; caso contrario, estaremos ante un trámite administrativo puro o limpio.

La ley, supone que la nulidad del procedimiento administrativo, opera, cuando interviene, en cualquier grado del procedimiento, una autoridad manifiestamente incompetente, o en su defecto, cuando se han omitido las formalidades que son elementales para iniciar el procedimiento; es así, que si el trámite administrativo, adolece de vicios, tales como la vulneración al debido proceso, la violación al derecho a la legítima defensa, o la omisión de una etapa procesal crucial para su legitimidad, estaremos eminentemente ante un procedimiento administrativo nulo, el cual, traerá consigo, la reposición del mismo, al estado que correspondiente, en razón de la nulidad declarada, es decir, hasta el estadio procesal viciado.

Es importante resaltar, que la declaratoria de nulidad del procedimiento administrativo, debe ser contenida mediante acto de simple administración en firme; más no mediante acto administrativo, por cuanto no perjudica los intereses del administrado o interesado.

En cuanto a la inexistencia del procedimiento administrativo, decimos que ésta procede, cuando aquél, no halla asidero en norma jurídica alguna, es decir, cuando nace de la invención impura de la Administración.

En cuanto a la anulabilidad del procedimiento administrativo, ésta, opera ante cuatro circunstancias posibles:

- Cuando ha sido iniciado por un órgano manifiestamente incompetente en razón del grado.
- Cuando no existieren informes previos o autorizaciones preliminares para su instauración.
- Cuando las actuaciones propias del procedimiento, hubiesen sido practicadas extemporáneamente.
- Cuando el defecto de forma, atente contra los derechos de los interesados.

En cuanto a la inconstitucionalidad del procedimiento administrativo, esta condición se tendrá por tal, cuando aquél, en cuanto a su sustanciación, contravenga a la garantía del debido proceso; sea por tergiversación o inobservancia absoluta o relativa del principio, tal cual como lo sostiene la jurisprudencia nacional.

4.2.12. LA CANCELACION Y LA DECLARATORIA DE DESIERTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS-PRECONTRACTUALES; SEGÚN LA DOCTRINA.-

4.2.12.1. LA CANCELACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO-PRECONTRACTUAL.-

William López Arévalo, sobre la cancelación del procedimiento precontractual, textualmente sostiene: *“Es el acto administrativo por el cual, la máxima autoridad de la Entidad Contratante, en la etapa comprendida entre la convocatoria y veinticuatro horas antes de la presentación de las ofertas, declara mediante resolución motivada*

cancelado el procedimiento de contratación sin derecho a indemnización alguna, por concurrir una o más causas legales.

Las causales para declarar cancelado el procedimiento las determina el artículo 34 de la Ley de la materia:

- 1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;*
- 2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,*
- 3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.⁵⁸*

Por lo tanto, en razón de lo antes determinado concluimos los siguientes puntos referenciales:

- a) Que la declaratoria de cancelación de un procedimiento administrativo-precontractual, se entiende como un acto administrativo.
- b) Que la declaratoria de cancelación de un procedimiento administrativo-precontractual, debe ser contenida en resolución motivada.
- c) Que la declaratoria de cancelación de un procedimiento administrativo-precontractual, es susceptible de admisibilidad y procedencia, entre la convocatoria hasta veinte y cuatro horas antes de la fecha establecida para la presentación de las ofertas.
- d) Que la declaratoria de cancelación de un procedimiento administrativo-precontractual, procede en los siguientes casos: d.1) Cuando la necesidad de la contratación, se ha desvanecido; en todo o en parte; d.2) Cuando el objeto de la contratación, adolezca de mutación; d.3) Cuando haya operado violación sustancial al procedimiento precontractual, es decir, en cuanto a su especie o régimen jurídico.
- e) Que la declaratoria de cancelación de un procedimiento administrativo-precontractual, opera, únicamente al tenor de las causales previstas en la ley.
- f) Que por la declaratoria de cancelación del procedimiento administrativo-precontractual, no se tiene por perfecto, reparo indemnizatorio alguno a los intervinientes del proceso administrativo.

4.2.12.2. LA DECLARATORIA DE DESIERTO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS-PRECONTRACTUALES, SEGÚN LA DOCTRINA:

⁵⁸ LÓPEZ ARÉVALO, William, *Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica del Ecuador*, pág. 176.

William López Arévalo, sobre la declaratoria de desierto del procedimiento precontractual, textualmente sostiene: *“Es el acto administrativo mediante el cual la máxima autoridad del Ente Estatal, antes de resolver la adjudicación, declara desierto el procedimiento de manera total o parcial por una o más causas establecidas en la ley.*

Declarado desierto el procedimiento, la misma autoridad que lo declaró podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria en definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación, cuya consecuencia será el archivo del expediente.

La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de indemnización a los oferentes.

Se podrá declarar el procedimiento desierto parcialmente, siempre y cuando se hubiere convocado a un proceso de contratación con la posibilidad de adjudicaciones parciales o por ítems, al tenor de lo que dispone el artículo 29 del Reglamento General. Según el artículo 33 de la Ley estas causas son:

- 1. Por no haberse presentado oferta alguna.*
- 2. Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los pliegos;*
- 3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y,*
- 4. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.”⁵⁹*

Por lo tanto, en razón de lo antes determinado concluimos los siguientes puntos referenciales:

- a) Que la declaratoria de desierto del procedimiento precontractual, se tiene como un acto administrativo;

⁵⁹ LÓPEZ ARÉVALO, William, *Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica del Ecuador, pág. 175.*

- b) Que la declaratoria de desierto del procedimiento precontractual, opera previo a la adjudicación o en su defecto, antes de la suscripción del contrato.
 - c) Que la declaratoria de desierto del procedimiento precontractual, puede ser total o parcial.
 - d) Que una vez declarado el procedimiento precontractual, como desierto, éste puede ser reaperturado o en su defecto archivado por la entidad convocante.
 - e) Que la declaratoria de desierto del procedimiento precontractual, surte efectos de extinción o cancelación del proceso, lo que derivará inminentemente en el archivo del mismo.
 - f) Por la declaratoria de desierto del procedimiento precontractual, no habrá lugar a reparo indemnizatorio alguno a los oferentes o al adjudicatario.
- g) El procedimiento precontractual, podrá ser declarado desierto en los siguientes casos: g.1) Cuando no se presentare oferta alguna; g.2) Cuando todas las ofertas presentadas, hubiesen sido inhabilitadas, por incumplir con las condiciones específicas previstas en los pliegos; g.3) Cuando no se hubiese celebrado el contrato, por causas imputables al adjudicatario ganador, en tanto y en cuanto, no exista otro oferente idóneo para la suscripción; g.4) Cuando el objeto de la contratación, fuese impertinente a los intereses institucionales, sea por razones técnicas, económicas o jurídicas, debidamente probadas y sustentadas en resolución o acto administrativo motivado.

4.2.13. LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS, SEGÚN LA DOCTRINA:

4.2.13.1.- RECURSO SUBJETIVO O DE PLENA JURISDICCIÓN.- Como se ha dicho ya; el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, tiene por finalidad; el reconocimiento de un derecho individual o particular, instituido a favor del administrado a través de una ley o un contrato o un acto administrativo, el cual, ha sido presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por la Administración Pública. Según Rafael Bielsa, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo, está compuesto de los siguientes elementos estructurales que lo definen en el ámbito jurídico, siendo éstos los siguientes:

- a) Existen dos partes en el juicio de plena jurisdicción o subjetivo, siendo éstos, el administrado en calidad de accionante y la Administración, en calidad de demandado.

- b) La sentencia declara, limitadamente la ilegalidad del acto impugnado y en consecuencia, ordena la reparación del derecho subjetivo vulnerado.
- c) Existe condenación en costas, salvo excepciones.
- d) La sentencia surte efectos inter partes; más no efecto erga omnes.
- e) Es admisible la admisión de tercerías.

Ahora bien, de acuerdo a la doctrina nacional, se colige que para la admisibilidad del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, existen determinados requisitos o presupuestos formales para su deducción, siendo en su orden, los siguientes:

- a) La existencia del derecho subjetivo inherente al accionante-administrado.
- b) La presunción de que el derecho subjetivo reclamado en reparación, ha sido negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por la Administración.
- c) Que la vulneración del derecho subjetivo, derive fundamentalmente del acto administrativo impugnado.
- d) El término para deducir la acción contencioso administrativa subjetiva o de plena jurisdicción, prescribe en el término de noventa días contados a partir de la emisión del acto impugnado; so pena de prescripción.

Ahora bien, es importante destacar, que el recurso, alcanza tal configuración legal, a partir del nacimiento del derecho subjetivo puro. Decimos entonces, que el derecho subjetivo, es aquella prerrogativa concedida al administrado, es decir, todo beneficio que le sea reportable, sea éste tangible o material (patrimonial) e intangible o inmaterial; derivado del cumplimiento de un deber jurídico, atribuible a la Administración, por mandato de la ley. Sin embargo, el derecho subjetivo, nace fundamentalmente del deber jurídico, esto es, según Gordillo, que la Administración está obligada a cumplir con una obligación mandada por ley; en tanto que para el administrado; el resultado en el cumplimiento de tal deber, le constituye un derecho subjetivo.

Es decir, que las relaciones humanas, generalmente reportan una actividad positiva y negativa, siendo la negativa, el cumplimiento del deber jurídico; recaído en la Administración, y la positiva, la percepción del resultado derivado del deber jurídico, recaído en el Administrado, teniéndose así por derecho subjetivo. Bajo esta perspectiva, se dice entonces, que el derecho subjetivo, exige que exista un titular y en consecuencia, un obligado. Desde la óptica del contenido del derecho subjetivo, decimos que el deber jurídico del cual deriva la obligación de dar, hacer o no hacer; se

tiene por imputable a la Administración. Es así, que el obligado; es decir, el órgano administrativo competente, está sometido a dar, hacer o no hacer, en la medida de que lo derivado de aquella actividad impositiva, se tendrá como derecho subjetivo a favor del administrado, puntualmente en los casos de dar o hacer, ya que de no hacer, supone que la Administración se abstiene de hacer algo, para así, reportar un derecho subjetivo al administrado; reconocido en la ley, en un acto o en un contrato.

Siguiendo el mismo orden de ideas, Windscheid define al derecho subjetivo como “*un poder o señorío de voluntad conferido por el orden jurídico,*” sin embargo, esta concepción, es parcialmente válida, puesto que no engloba a los sujetos que sin disponer de voluntad, cuentan con derechos subjetivos que les son inherentes, tal como lo sostiene Ihering. El prenombrado doctrinario, respecto del derecho subjetivo, refiere a que se trata de un “*interés jurídicamente protegido*” acepción que Michoud⁶⁰ la reformuló, diciendo: “*el interés de un hombre o de un grupo de hombres, jurídicamente protegido por medio del poder reconocido a una voluntad, de representarlo y defenderlo.*” La voluntad según Michoud, es indispensable, no precisamente para la práctica del derecho sino para la *protección* del mismo; es decir, que la ley, no ampara la voluntad de ejercer el derecho subjetivo, sino el interés que dicha voluntad persigue.

Es por ello, que el derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción o recurso de *plena jurisdicción*; en cuyo caso, el administrado persigue, tanto la reparación del derecho propiamente dicho, así como la compensación indemnizatoria correspondiente.

4.2.13.2. EL RECURSO OBJETIVO.- Respecto del recurso objetivo, de anulación o por exceso de poder, decimos que es aquella acción contencioso administrativa; la misma que tiene por finalidad la tutela en el cumplimiento de la norma jurídica vigente, reclamando para el efecto, la nulidad del acto impugnado. El accionante, por intermedio de este recurso, persigue el restablecimiento de la legalidad, a través de la defensa de su interés legítimo; que se constriñe fundamentalmente al enunciado anterior, es decir, a la reclamación en la existencia del imperio de la ley; limitándose exclusivamente a la anulación del acto, por ser ilegítimo, teniéndose esta composición de supuestos, como un derecho objetivo o derecho reflejo inherente al administrado-recurrente. El recurso objetivo o de anulación puede ser interpuesto por un

⁶⁰ LÉON, Michoud, *Théorie de la Personnalité Morale*, t. I, París, 1924, p. 103.

indeterminado grupo de personas, es decir, se tiene como una especie de acción popular; en contra de un acto normativo, abstracto, general y permanente, que carece de legitimidad ante el ordenamiento jurídico positivo. Es así, que el recurso objetivo, procura la defensa del interés legítimo; es decir, el imperio de la legalidad sobre un acto de carácter general, que afecta a una comunidad.

Ahora bien, la legislación nacional, sostiene que la nulidad de un acto; fin mismo del recurso objetivo o de anulación, opera ante dos escenarios claramente diferenciados, por una parte; la incompetencia del órgano emisor del acto y por otro lado, el incumplimiento de las formalidades sustanciales preexistentes para la emisión del acto impugnado. Sin embargo, según nuestra propia legislación, las prenombradas causales; son presupuestos fáctico-jurídicos de nulidad de un acto administrativo o del procedimiento o trámite administrativo, en tanto que, lo que supone la concepción o definición legal que advierte la ley respecto del recurso objetivo, proyecta que la nulidad de un acto normativo; como por ejemplo un reglamento u ordenanza, se tiene por pura e incontrovertible, cuando aquél, contraviene al ordenamiento jurídico positivo; existiendo por tanto, dos especies claras de nulidad; que la doctrina no supone mayores diferenciaciones; razón por la cual, resulta plausible admitir que la nulidad de un acto, opera cuando éste, siendo de carácter general; vulnera el régimen legal superior o en su defecto, siendo el acto particular o general, cuando incurre en cualquiera de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que permite afirmar, en paralelo, que el acto nulo, puede ser impugnado, por la vía objetiva o en su defecto por la vía subjetiva, dependiendo fundamentalmente, del derecho vulnerado, es decir, si éste es de fuente primaria (personal y particular) o de fuente secundaria o reflejo (impersonal, imperfecto o general).

4.2.13.3. EL RECURSO DE LESIVIDAD.- El recurso de lesividad, es aquél que tiene por finalidad, anular un acto administrativo declarativo de derechos y no anulable, en tanto y en cuanto, éste, por su objeto, suponga violación al interés público.

Es por ello, que si un acto regular, vulnera el interés estatal, se tendrá como un acto lesivo, sin embargo, paralelamente se tendrá por tal, en virtud de que, acusa retiro del mundo jurídico, en calidad de *declarativo de derechos* a favor del administrado. Ahora bien, esta acción contenciosa administrativa, es de orden excepcional y a su vez de naturaleza privativa, en la medida de que, solamente la Administración, es aquella que

goza de legitimación activa para deducir este recurso, previo a la declaratoria de lesividad del acto regular por parte de aquélla.

La legislación ecuatoriana, respecto de la lesividad de los actos administrativos, su declaratoria y anulación; ha previsto ciertos presupuestos fácticos, que suponen obligatoriedad para tales fines, siendo éstos:

- a) Que el acto administrativo regular, se tenga por contrapuesto al interés público.
- b) Que el acto administrativo presuntamente lesivo, se tenga por declarativo de derechos a favor del administrado.
- c) Que, la jurisdicción contencioso administrativa, es la competente para declarar un acto como lesivo y por ende, extinguirlo del mundo jurídico.
- d) Que previo a la impugnación de un acto presuntamente lesivo, debe existir, por parte de la Administración, el acto declarativo de lesividad, el cual podrá ser dictado por el órgano originario, dentro del plazo de tres años contados a partir de la emisión del acto lesivo.
- e) Que una vez dictada la declaratoria de lesividad del acto administrativo, la Administración, podrá recurrir al órgano jurisdiccional competente, a perseguir la anulación del acto lesivo; dentro del plazo de tres meses contados a partir de la declaratoria de lesividad.

4.3.- MARCO JURÍDICO:

4.3.1. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, SEGÚN LA LEGISLACION CONSTITUCIONAL.-

El Art. 173 de la Constitución de la República del Ecuador, textualmente sostiene: *“Art. 173.- 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.”*

Del artículo antes invocado, se colige que los actos de la administración, emanados de las entidades que ejercen la potestad estatal, son susceptibles de impugnación, tanto por la vía contencioso-administrativa o en su defecto, por la vía meramente administrativa.

Es así, que por la vía administrativa, la ley contempla los recursos administrativos de revisión, apelación y reposición, en tanto que por la vía jurisdiccional, la ley prevé la existencia del recurso contencioso administrativo objetivo o subjetivo, según sea el caso (es decir el derecho vulnerado) así como el recurso casación.

Sin embargo, la misma ley constitucional, prevé un derecho constitucional innegable para quienes ejercen una acción jurisdiccional, siendo este, la seguridad jurídica. El Art. 82 de la Constitución de la República del Ecuador, textualmente sostiene: *“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.”*

Del artículo antes referido, se colige que todo aquél que acude a los órganos judiciales o administrativos, a hacer valer sus derechos, goza de seguridad jurídica, entendida ésta, como la garantía de que el juzgador, hará respetar y respetará el cumplimiento de las normas constitucionales, así como también, y en forma paralela, a la necesidad imperativa, de que la norma jurídica, sea clara y precisa, en la medida de que el juzgador, al momento de su aplicación, garantice justicia. Sin embargo, como se ha explicado ya, en materia contencioso administrativa, la seguridad jurídica, se tiene por inexistente, puesto que, la oscuridad de la norma jurídica, en cuanto al debido y apropiado planteamiento de los recursos contenciosos-administrativos, hace que las pretensiones de los recurrentes, más allá de ser válidas, en el ámbito de lo fáctico, sea

desechadas por cuestiones formales de la demanda; lo que ciertamente, torna imperativo, el planteamiento de una propuesta de reforma jurídica, que redefina las condiciones sobre las cuales, ha de ser admisible cada recurso contencioso-administrativo.

4.3.2. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS:

4.3.2.1. CUESTIONES PRELIMINARES:

El 18 de marzo de 1968, en el Registro Oficial Nro. 338, el Gobierno Ecuatoriano, expide la Ley Nro. 65 denominada “Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa”, la misma que prevé la existencia de dos clases de recursos contencioso-administrativos; los cuales, se mantienen hasta la actualidad. Estos mecanismos de activación o excitación de la justicia contencioso administrativa, se clasifican en subjetivo o de plena jurisdicción y objetivo, de anulación o por exceso de poder. El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, establece: “*Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.*”

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

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

Por el primero, se procura el reconocimiento de un derecho individual o particular del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por la Administración; en tanto que el segundo, procura garantizar el imperio de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, acción judicial que puede ser propuesta por cualquier persona que tenga interés directo en ello; para lo cual; solicitará al órgano jurisdiccional ordinario, declare la nulidad del acto impugnado. **Por lo tanto, el recurrente, activará la acción contenciosa-administrativa, en mérito del derecho presuntamente vulnerado, siendo éste, objetivo o subjetivo, lo que equivale a decir que, dada la naturaleza del derecho agredido, se activará el**

recurso contencioso-administrativo; independientemente si el acto es posiblemente nulo o ilegal (el subrayado y resaltado es mío). La jurisprudencia, en reiterados fallos, ha sostenido lo que sigue: “Las disposiciones 3 y 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mencionadas por los recurrentes, se refieren a las dos clases de recursos, y a la competencia. El artículo 3 de la ley “ibídem” define con claridad cada uno de los recursos. Dice que: “...El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara a un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.”; y que “El recurso de anulación objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”- Es imperativo para el Juez de instancia, dentro del régimen contencioso administrativo, examinar la clase de recurso que contiene la demanda: subjetivo o de plena jurisdicción, o de anulación u objetivo, para la calificación respectiva, pues, tales recursos, son, en esencia y fines, diferentes entre sí. En efecto, según la ley, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, el recurso de anulación u objetivo es admisible cuando la norma jurídica objetiva ha sido transgredida por el acto administrativo denunciado, si éste es de carácter general, impersonal y objetivo, de efecto erga omnes y no inter partes, a fin de defender el derecho objetivo; esto es, el imperio de la norma positiva, preservar su vigencia y la seguridad jurídica. Este recurso, a diferencia del de plena jurisdicción o subjetivo, no atiende al interés personal o particular de la o las personas que hubieran o pudieran haber sido afectadas o perjudicadas con el acto administrativo.”⁶¹; de la cual se colige que el recurso objetivo o de anulación, opera cuando el acto administrativo, de carácter general, normativo, abstracto y permanente (ordenanza, reglamento, etc); vulnera el ordenamiento jurídico positivo y superior, causando gravamen a los derechos objetivos inherentes al administrado; tales como el imperio y vigencia de la norma legal así como la seguridad jurídica; y es precisamente por esto, que el recurso de anulación, es en efecto “erga omnes”; en tanto que el recurso subjetivo, es aquel que persigue la reparación de un derecho individual, personal y subjetivo, solicitando para el efecto, la ilegalidad del acto administrativo; en alineación con la doctrina, razón por la cual, se concluye que el recurso subjetivo, es en efecto “inter partes”. En reforzamiento con lo antes dicho, la jurisprudencia señala: “El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado

⁶¹ Expediente de Casación 38, Registro Oficial 503 de 09-ene-2009.

indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. El recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular, que inciden sobre un derecho subjetivo. No queda al criterio de los litigantes determinar la clase de recurso propuesto ni es facultad discrecional del juez calificar de qué recurso se trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley. El recurso subjetivo o de plena jurisdicción, ampara al recurrente para proteger su derecho subjetivo que emana de la ley o del contrato. Si el obrar de la administración niega al administrado en forma total o parcial su derecho desconociéndolo o negándose a reconocerlo, se conjugan los elementos que legitiman a la persona que tiene la calidad de administrado afectado, para recurrir ante el órgano jurisdiccional, que es el Tribunal Distrital.”⁶²

4.3.2.2. RECURSO DE PLENA JURISDICCIÓN O SUBJETIVO:

La teoría pura del derecho ha procurado determinar con claridad y justeza, la definición contusa de lo que supone un derecho subjetivo. Sin embargo, decimos que un derecho subjetivo; es aquél que nace fundamentalmente del interés particular del administrado; cuyo reconocimiento y respeto; corresponde a la Administración Pública. Es así que cuando este derecho; se reputa por vulnerado o desconocido, por un acto ilegítimo de la Administración, es decir, contrario a la ley (ilegal); el administrado goza de la plena facultad legal para activar el recurso contencioso administrativo subjetivo; cuya *causa petendi*, será en lo principal, la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo. Por lo tanto, el recurso de plena jurisdicción o subjetivo se sostiene ante la existencia material de la lesión de un derecho subjetivo y por intermedio de su deducción, el recurrente persigue el reconocimiento de un derecho individual y particular derivado de la ley o de un contrato administrativo; ante el abuso de la Administración. Por su origen francés, la tradición ha determinado que se lo denomine de plena jurisdicción; por cuanto el órgano jurisdiccional competente; no solamente que es capaz de declarar ilegal el acto administrativo impugnado, sino que también, es capaz de adoptar las medidas necesarias para declarar la extinción de dicho acto, y cualificar y cuantificar la reparación de los daños causados, por la vulneración del derecho perseguido en protección. Ahora bien, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 3, no precisa el efecto jurídico derivado del planteamiento de dicha acción judicial, a diferencia del recurso de anulación o por exceso de poder, cuyo efecto jurídico procura la declaratoria de nulidad del acto

⁶² Serie 16, Gaceta Judicial 11 de 27-mar-1998

impugnado. La jurisprudencia, sobre este tema sostiene: *“El recurso subjetivo o de plena jurisdicción, ampara al recurrente para proteger su derecho subjetivo que emana de la ley o del contrato. Si el obrar de la administración niega al administrado en forma total o parcial su derecho desconociéndolo o negándose a reconocerlo, se conjugan los elementos que legitiman a la persona que tiene la calidad de administrado afectado, para recurrir ante el órgano jurisdiccional, que es el Tribunal Distrital.”*⁶³

4.3.2.3 RECURSO DE ANULACIÓN U OBJETIVO O POR EXCESO DE PODER:

Este recurso tiene por finalidad; el restablecimiento de la legalidad; razón por la cual, persigue la nulidad de todo acto administrativo, de carácter general, normativo, abstracto y permanente; que atente al ordenamiento jurídico vigente, es decir, que por intermedio de esta acción contenciosa, se propulsa la reparación de derechos objetivos inherentes a los administrados que tengan interés directo en cuanto al acto impugnado; suponiéndose intrínsecamente, la vulneración de los derechos objetivos inherentes los interesados.

En relación al recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo, el objetivo o de anulación versa exclusivamente sobre la violación de la ley, esto es, que no supone la vulnerabilidad de un derecho subjetivo. Al respecto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo cuando tenía jurisdicción nacional, estableció que el recurso objetivo, tiene por finalidad proteger y garantizar la tutela de la norma objetiva lesionada por el acto administrativo de carácter general impugnado, buscando así el restablecimiento de la legalidad, con prescindencia del derecho subjetivo que pudiera invocar quien deduce el recurso, esencialmente, por la naturaleza del mismo. Por intermedio de este recurso, se controvierte, en lo principal, la incompatibilidad jurídica entre el acto administrativo general y la ley; lo que constriñe y limita al órgano jurisdiccional, a pronunciarse única y exclusivamente sobre el derecho objetivo vulnerado, razón por cual y de ser el acto, ajeno a la ley, lo declarará nulo y si no lo es, rechazará la demanda. Este pronunciamiento no da lugar a indemnizaciones o restauración de derechos propios del recurso subjetivo, se ocupa, como se dijo, únicamente del imperio de la legalidad, pues, lo que se juzga es la legitimidad del acto confrontado con la norma positiva. La doctrina, respecto de este recurso, sostiene: *“El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de*

⁶³ Serie 16, Gaceta Judicial 9 de 06-jun-1997.

*sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales.*⁶⁴

4.3.2.4. DIFERENCIAS ENTRE LOS RECURSOS OBJETIVO Y SUBJETIVO:

1) Con el recurso objetivo se persigue siempre la anulación del acto impugnado, con todos sus efectos, para el restablecimiento de la legalidad; con el subjetivo se pretende la declaratoria de ilegalidad del acto impugnado, por ser atentatorio a los derechos particulares, individuales y personales del administrado, todo esto, en la medida de garantizar la protección de los mismos, que primitivamente se suponen negados, desconocidos o no reconocido total o parcialmente.

2) El recurso objetivo puede ser activado por cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, que tenga interés directo en virtud del objeto del acto impugnado; en tanto que el subjetivo, podrá ser activado, solamente por quien ha sido afectado por el acto administrativo particular.

3) En el recurso objetivo, el juez puede declarar exclusivamente la nulidad del acto sobre la base de su confrontación con la norma objetiva infringida, sin ninguna declaración adicional, aunque tal acto haya causado perjuicio al accionante o a terceros; en tanto que en el subjetivo, el juez declara la ilegalidad sobre la base de la norma violada, el derecho subjetivo afectado y el acto que lesiona tanto la norma como el derecho subjetivo impugnados.

4) En el recurso objetivo, la sentencia de anulación es declarativa; en el subjetivo, al acoger la pretensión, es de condena.

5) En el recurso objetivo, la sentencia de anulación produce el efecto de cosa juzgada "*erga omnes*" y desaparece del mundo jurídico; si la sentencia desestima la pretensión, produce el mismo efecto pero sólo en relación con la causa juzgada; en el subjetivo, la causa juzgada respecto del efecto reparador se limita a las partes procesales (*inter partes*).

6) En el recurso objetivo, cualquier persona puede intervenir como tercero coadyuvante; en el subjetivo, sólo quien tenga interés directo en el resultado procesal.

⁶⁴ Serie 16, Gaceta Judicial 5 de 10-ene-1996.

7) En el recurso objetivo, se demanda solamente la nulidad del acto, en su totalidad o parcialmente (uno o más artículos, palabras o frases o alcance interpretativo); aunque pudiese demandarse la ilegalidad del acto, cuando éste fuese de carácter general, en tanto que por el subjetivo, se persigue la ilegalidad del acto y el restablecimiento del derecho vulnerado, expresando en qué consiste la violación y cómo estima su restablecimiento, pues, este sólo será posible con la declaratoria de ilegalidad de la decisión que afectó su derecho.

8) El recurso objetivo puede demandarse dentro del término de tres años (antes por su carácter de controlador jurisdiccional de la legalidad, no tenía plazo ni término atento el imperio permanente de la legalidad); el subjetivo, dentro del término de 90 días, con las excepciones que la ley establece en determinados casos como en las decisiones de Contraloría que imponen sanción de destitución al haberse establecido responsabilidades administrativas de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, que en la vía contencioso administrativa se presentarán dentro del término de 30 días, y en asuntos de materia contractual, que prevé un plazo de cinco años.

Para sostener lo antes señalado; en sentencia dictada el 28 de enero del 2002, dentro del juicio N° 279-01 presentado por Martha Luz Erazo Alvarado contra el Director General del IESS, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, dijo: *“PRIMERO: [...] De lo antes señalado aparece claramente que son perfectamente diferentes las dos clases de recursos por el propósito que guía la acción: si lo que se pretende es amparar un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente violado por el acto impugnado, sin duda alguna se está ante un recurso subjetivo. Si al contrario, el propósito que guía al actor es el tutelar una norma jurídica superior, que ha sido violada por el acto impugnado, se está evidentemente ante un recurso objetivo. En el caso, la recurrente pretende que se declare ilegal el acuerdo que declara fraudulenta su afiliación al IESS por considerar que está violando un derecho subjetivo de ésta, al impedírsele ser atendida en cualquiera de los centros hospitalarios del IESS, derecho inherente a su naturaleza, por lo que nos encontramos frente a un recurso subjetivo o de plena jurisdicción.”*

4.3.2.5.- CONCLUSIONES GENERALES.- Sobre este punto, es importante tomar en consideración, las siguientes falencias; de las cuales adolece el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

- a) El inciso segundo del precitado artículo, cuando refiere al recurso de plena jurisdicción o subjetivo, solamente prescribe la razón jurídica de mérito; por la cual, procede la presentación del recurso, sin embargo, no estipula la institución jurídica de la cual derivará la reparación del derecho. Sobre este aspecto, la doctrina sostiene, que por la vía contencioso administrativa, en órbita subjetiva, tan solamente se demandará la ilegalidad del acto administrativo; lo que supone, la necesidad reformar el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, incorporando en su segundo inciso, que por intermedio del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, se persigue la reparación de un derecho individual o particular, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente, solicitando al Tribunal, que declare la ilegalidad del acto administrativo, de carácter particular.⁶⁵
- b) El recurso de anulación u objetivo, si bien es cierto que procura la tutela del imperio de la ley, no es menos cierto, que el precitado recurso, refiere a la impugnación de un acto administrativo general y normativo; atentatorio al régimen jurídico superior, lo que advierte que dicho acto, es nulo. Sin embargo, esta condición de nulidad, es ajena a la nulidad que refiere el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, cuyas causales, según la jurisprudencia, son las únicas para declarar la nulidad de un acto administrativo o del procedimiento administrativo. En este contexto, diríamos entonces, que existen dos escenarios claramente diferenciados, en los cuales, operaría la nulidad de un acto, el primero, previsto en el Art. 3 inciso segundo de la LJCA, el cual refiere a los actos administrativos de carácter general, que por cuya oposición a la ley, se tienen por nulos, y los segundos, por haber sido emitidos por autoridad incompetente o sin la observancia de los requisitos o formalidades esenciales previas para su emisión⁶⁶; lo que, permite concluir, que en el primer caso, se estaría ante un acto administrativo ilegal, puesto que contraviene el ordenamiento jurídico, más no nulo, en virtud de que; tal cual como se ha dicho, la nulidad, solamente opera en los casos previstos en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; en referencia exclusiva, a resoluciones o al procedimiento administrativo, en tanto que en el segundo caso, la nulidad de un acto administrativo; operante por las causales

⁶⁵ DURÁN PROAÑO, Elena, *JUSTICIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA: SU ACTIVACIÓN A TRAVÉS DE LOS RECURSOS PREVISTOS EN LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA ECUATORIANA*; pag. 40-42.

⁶⁶ Expediente de Casación Nro. 4, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 78 de fecha 21 de octubre del 2010.

previstas en el supra invocado artículo, hacen notar la necesidad de que este vicio jurídico, sea perseguido a través de la interposición del recurso de anulación u objetivo o del recurso subjetivo, todo esto, dependiendo del derecho vulnerado por el acto nulo; lo que supondría; paralelamente, la necesidad de que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, concretamente en su artículo 3, prevea la posibilidad de perseguir la declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo general y normativo; atentatorio al ordenamiento jurídico.

Considero que, los puntos antes señalados, obedecen a lo que sucede diariamente en el ámbito jurisdiccional, en el que, las demandas contenciosas administrativas son indebidamente planteadas por los recurrentes, bien por incoar el recurso indebido o en su defecto, la figura jurídica indebida; (en observancia al principio de congruencia genérica⁶⁷) esto, por cuanto, la misma jurisprudencia, se ha encargado de prever varias condiciones jurídicas que tornan difuso el debido planteamiento de una demanda contenciosa-administrativa. Mírese los siguientes fallos jurisprudenciales: “b) *Que el recurso de anulación u objetivo tiene por fin establecer el estado de legalidad existente hasta la expedición del acto administrativo violador de la norma superior que es la Ley y que por esa causa lesionó el derecho a los particulares. Su pronunciamiento es universal e impersonal, es decir de efecto "erga omnes", no solo "ínter partes". Es el recurso que preserva la vigencia de la Ley, atentada por un acto administrativo de alcance general; c) Que si bien el recurso de anulación u objetivo en su parte resolutive no podía ni pudo individualizar situaciones jurídicas particulares afectadas, negadas o no reconocidas, permitiendo que dentro del mismo proceso que concluyó con la sentencia se reclame por sus perjuicios, no es menos cierto que, teniendo como antecedente aquel fallo el o los perjudicados con el acto administrativo anulado, puedan deducir acción autónoma mediante el correspondiente recurso subjetivo impugnando el acto negativo tácito de la administración, como ha ocurrido en el caso "sub júdice", desestimándose, por lo mismo, que la pretensión del nuevo recurso, objeto del presente juicio, fuese de competencia civil y no de lo contencioso administrativo, puesto que es consustancia el recurso subjetivo, emanante del recurso de anulación u objetivo en el que, a la luz de la técnica jurídica no procede reclamación de derechos singulares o particulares conforme se dejó establecido antes. Finalmente, carece de asidero legal la norma de derecho civil relativa a la irretroactividad de la Ley, porque en el ámbito especial y preminente de lo Contencioso*

⁶⁷ Serie 16, Gaceta Judicial 8 de 13-feb-1997.

*Administrativo, si una resolución o acto administrativo general viola la norma legal, la sentencia que la reconoce, determina que los derechos individuales o particulares afectados se restablezcan también a partir de la fecha en que fueron negados o no reconocidos precisamente por el ilegal acto de la administración abrogado merced al recurso contencioso administrativo objetivo restablecimiento que de no realizarse en la cuerda administrativa debe demandarse en la cuerda contenciosa mediante un recurso subjetivo.*⁶⁸ "TERCERO.- En el presente caso de autos consta lo siguiente: a. El actor en su libelo de demanda en el acápite tercero dice expresamente lo siguiente: "Con estos antecedentes y fundado en las disposiciones de los artículos 96 inciso tercero de la Constitución Política de la República; 1, 3 inciso tercero 5, 10 literal a) 23 literal c) 24 literal a) 59 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, demando en acción de anulación objetiva por exceso de poder al señor ingeniero Ramón Humberto Vera León, en su calidad de Presidente Ejecutivo de la CODIGEM, a fin de que en sentencia se declare la ilegalidad y absoluta invalidez jurídica del acto administrativo contenido en la acción de personal No. 720 del 23 de diciembre de 1993, mediante el cual la referida autoridad nominadora resuelve notificarme con la cesación de mis funciones de Especialista en Geología y Minas 2, a partir del primero de enero de 1994; se lo condene a la inmediata restitución al puesto de cuyo ejercicio se me ha privado, con el correspondiente pago de todas las remuneraciones y más beneficios de ley que me correspondan por todo el tiempo que permaneciere alejado del ejercicio de mis funciones en virtud de la expedición del acto administrativo que impugno". b. La sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Primera Sala con fecha 11 de junio de 1996 a las 15h00, señala en el acápite cuarto lo siguiente: CUARTO.- Del análisis que precede, se concluye que el recurso que amparaba a los derechos subjetivos del actor, era el subjetivo o de plena jurisdicción; pues, con su demanda, está pretendiendo la devolución del cargo y el pago de todas las remuneraciones. Por lo expuesto, sin que sea necesario otras consideraciones, al no proceder el recurso objetivo o de anulación o por exceso de poder deducido por Segundo Rosendo Tusa Paredes la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desecha la demanda. Sin costas. Notifíquese. "c. De lo que se colige que fue el propio actor que en su libelo, demanda en acción de anulación objetivo por exceso de poder, muy diferente a la acción subjetiva o de plena jurisdicción, como bien lo señala el fallo de primera instancia; y, si bien el objeto de la demanda es someter su pretensión al juzgador a

⁶⁸ Serie 16, Gaceta Judicial 12 de 29-may-1998.

*quien solicita una sentencia favorable, no es menos cierto que una demanda mal planteada o infundada no produce el efecto jurídico que se proponía, pero mientras la litis está pendiente no podía saberse si existe la acción y por lo tanto si podía ser ejecutada, por lo que bien hizo el Tribunal a quo al dictar sentencia desechando la demanda tal como ésta fue planteada, sin que de modo alguno haya concurrido en el fallo del inferior la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. En tal virtud, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el demandante Segundo Rosendo Tusa Paredes por improcedente.*⁶⁹

4.3.2.6- RECURSO DE LESIVIDAD.-

4.3.2.6.1.- ASPECTOS GENERALES DE LA LESIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS Y DE LA ACCIÓN CONTENCIOSA-ADMINISTRATIVA DE LESIVIDAD.- *Flavio I. Lawenrosen, en su obra titulada “Práctica de Derecho Administrativo”, considera respecto de la lesividad, lo que sigue “procede esta acción cuando resulta imposible, en sede administrativa, revocar un acto administrativo, que se encuentra firme, y que generó derechos subjetivos, que están en ejecución, o han sido ejecutados.”*⁷⁰

La lesividad, por tanto, se define como la condición jurídica de todo acto, que más allá de ser declarativo de derechos a favor del administrado, lesiona el interés público; tornándose en la consecuencia, como jurídicamente imposible. En tal virtud; se concluye, que la lesividad opera, con pureza, cuando el acto, deriva en agravio al interés público, más allá, de ser favorable al administrado. En tal virtud, si la Administración, considera que un acto administrativo, emitido por ella, a través de sus distintos órganos, se reputa lesivo, deberá acudir, dentro de un cierto lapso, al órgano jurisdiccional competente, con la finalidad de hacerse de los efectos de la declaratoria judicial de lesividad.

Con el ánimo de complementar lo anteriormente señalado, refiero al Doctor *Aurelio Guaita*, quien manifiesta que lo “*decisivo, pues, en el proceso de lesividad, es que la demanda proceda del mismo sujeto público que dictó el acto impugnado*”.⁷¹

⁶⁹ Expediente de Casación 43, Registro Oficial 46 de 17-abr-1997.

⁷⁰ LOWENROSEN, Flavio I. *Práctica de Derecho Administrativo*, Ediciones Jurídicas, Argentina Buenos Aires, 1968, p. 416.

⁷¹ GUAITA, Aurelio, *El Proceso Administrativo de Lesividad*, Ediciones Bosch, Barcelona España, 1998 p. 30.

Siguiendo a Dromi y a Gordillo, la acción de lesividad, ciertamente que se tiene como una acción contencioso – administrativa un tanto extravagante; especialísima si se quiere, pues, generalmente el procedimiento contencioso administrativo, es activado por el administrado, cuando plantea una pretensión de revisión y cuestionamiento de un acto administrativo dictado por la Administración, más, la acción de lesividad, es propuesta por la Administración contra sí misma, es decir, contra sus propios actos, no de todos, pero sí contra aquellos, que lesionan el interés público, pese a estimarse en el mundo jurídico, como actos declarativos de derechos a favor de uno o varios administrados en conjunto.

Respecto de esta acción judicial; la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el artículo 23 literal d) señala que:

“Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer:...d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo.”⁷²

La disposición antes señalada, es la esencia misma que instituye la legitimación activa de la Administración, para reclamar judicialmente la revocación de aquellos actos que ha declarado lesivos. Diríamos entonces, sobre la disposición en análisis, que un acto lesivo, desaparecerá del mundo jurídico, cuando la Administración lo haya declarado como tal, en forma previa, y posteriormente, comparezca ante el órgano jurisdiccional competente, con la finalidad de que así lo declare, es decir, lesivo, y por ende lo revoque y lo retire del mundo jurídico. Sobre este asunto, bien reza la jurisprudencia, cuando dice:

“...cuando tal revocatoria es exigida por la abierta ilegalidad del acto inicial, el órgano administrativo debe acudir ante el organismo contencioso administrativo demandando a través de la acción de lesividad; esta doctrina se halla concentrada en nuestro derecho en la norma del literal d) del art. 23 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el cual señala como para demandar la declaración de no ser conforme

⁷² Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 23.

a derecho pueden comparecer “El órgano de la administración autor de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley no pudiese anularlo o revocarlo por sí mismo”.⁷³

Por su parte, el Art. 97 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece que la lesividad; previo a ser instituida oficialmente por el órgano jurisdiccional competente, deberá ser declarada por el órgano emisor del acto lesivo, y una vez emitida la declaratoria de lesividad, en el plazo de tres meses contados a partir de la emisión de la declaratoria, la Administración podrá interponer la acción de lesividad ante el órgano judicial competente. Concretamente el prenombrado artículo, sostiene:

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

Ahora bien, es importante tomar en consideración, que la lesividad del acto administrativo, y por ende la acción de lesividad, operan por un supuesto esencial para su perfeccionamiento jurídico, siendo éste, que la Administración es incapaz de revocar todos los actos administrativos que emite, independientemente de su clase, tal es el caso que nos ocupa, que la Administración, no puede revocar, aquellos actos; declarativos de derechos a favor del administrado y a la vez, atentatorios al interés público. Sobre este punto, Patricio Secaira, manifiesta: *“...existen actos administrativos que no pueden ser revocados por el órgano público que los emitió en razón que sus efectos jurídicos creó derechos subjetivos a favor de un administrado. De esa manera, si el acto o resolución benefician al administrado los efectos de la*

⁷³ *Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Quito, número 10, 1991, p. 147*

decisión no están a disposición de la administración pública la cual no está en capacidad jurídica de ejercer la autotela; la misma que será aplicable a otros actos administrativos...Esta institución jurídica se denomina acción de lesividad administrativa, que consiste en la atribución legal que obliga al titular del órgano administrativo o a la máxima autoridad del ente público a emitir un nuevo acto administrativo por el cual le declara lesivo al interés público el acto o resolución que lo motiva...”⁷⁴.

Siguiendo el mismo orden de cosas, es importante tomar en consideración en este estado, que la revocación de un acto administrativo, es una potestad que debe estar expresamente señalada en la ley, (principio de legalidad) es decir, que la autoridad administrativa que emitió un acto ilegal o nulo, es capaz de revocarlo, en tanto y en cuanto, así lo estipule la norma jurídica positiva, caso contrario, es la acción de lesividad, el mecanismo legal, permitido y suficiente, para que el órgano administrativo, lo retire al acto; del mundo jurídico, por ser ilegal o nulo, según sea el caso. Bien precisa la jurisprudencia al respecto, cuando dice:

*“....en tratándose de derecho público, como es la materia que tratamos, la autorización para revocar un acto administrativo por sí mismo tiene que ser expresa, sin que pueda considerarse que dimana de las normales atribuciones del órgano. En el caso, la Ley de Cooperativas en ninguna de sus disposiciones faculta al Director General a anular o revocar un pronunciamiento realizado por el mismo Director sea titular la misma persona u otra, por más que sea evidente que el acto o pronunciamiento inicial esté viciado de total ilegalidad al haber intervenido el Director en una materia en la que ningún atributo tenía...La obligación de tal Director era entonces y lo será una vez que se dicte esta sentencia, el acudir ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo con un recurso de lesividad, demandando se declare la nulidad del pronunciamiento ilegal”.*⁷⁵

“...si por alguna circunstancia no se da cumplimiento a la disposición legal de la forma de designación del personal legislativo permanente, esto es que no se haya designado previo concurso de merecimientos y oposición, el efecto no es que de permanente el servidor se convierta en ocasional; sino que el nombramiento adolezca la ilegalidad, circunstancia ésta que de ninguna manera faculta a la autoridad nominadora para

⁷⁴ SECAIRA, Patricio, *Curso Breve de Derecho Administrativo*, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, p. 256.

⁷⁵ Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, *Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo*, Quito, número 10, 1991, p. 147.

*prescindir de los servicios del irregularmente designado, ya que conforme al Art. 2, el personal legislativo permanente goza de estabilidad. En tal evento lo legalmente pertinente es demandar la ilegalidad del acto administrativo de nombramiento, que no puede ser dejado sin efecto por sí mismo, por crear derechos subjetivos y en acatamiento de la disposición constitucional contenida en el Art. 119 de la Carta Política, demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en acatamiento de lo que dispone el lit. d) del Art. 23 de la ley de esa jurisdicción mediante el recurso que la doctrina denomina de lesividad”.*⁷⁶

4.3.2.6.2.- LA DECLARACIÓN PREVIA DE LESIVIDAD, POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN.- El doctor Pablo Tinajero Delgado, al referirse a la Declaración de Lesividad, nos dice que es un *“acto administrativo inimpugnable, que contiene la expresión de voluntad del órgano administrativo competente mediante el cual se procura el retiro del mundo jurídico, de un acto cuyos efectos benefician a un particular... y que lesiona los intereses públicos”*⁷⁷.

Cuando el órgano administrativo, ha dictado un acto que evidentemente contraviene al interés público, por razones de legalidad o de nulidad, según sea el caso, y que por éste, se haya declarado la concesión de derechos a favor del o de un conjunto de administrados, deberá emitir; inicialmente, un acto administrativo, denominado por la ley como “Declaración de Lesividad”, que es un acto administrativo, de naturaleza inimpugnable, por cuanto, la lesividad, ha sido provocada por el propio órgano emisor. Esta declaración de lesividad, es aquella que sirve de sustento para el órgano administrativo, a fin de que, goce de legitimación activa, para excitar la acción contencioso administrativa de lesividad ante el órgano jurisdiccional competente.

Ahora bien, la declaración de lesividad de aquellos actos que causen gravamen o se reputen desfavorables a los intereses públicos, será contenida en acto administrativo, el cual, deberá ser dictado dentro del plazo de tres años contados desde la notificación del acto lesivo; más, una vez, dictado el acto declarativo de lesividad, la Administración podrá, dentro del plazo de tres meses contados desde la emisión de la declaratoria de lesividad, interponer ante la jurisdicción contencioso administrativa, la acción de lesividad correspondiente. De no declararse la lesividad dentro del plazo antes señalado o de no ejercerse la acción contencioso administrativa de lesividad en

⁷⁶ Sentencia de 15 de noviembre de 2000, Ignacio Zambrano vs. Congreso Nacional, G.J., XVII, 3, 1484.

⁷⁷ TINAJERO DELGADO, Pablo, *La Acción de Lesividad*, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Biblioteca de Jurisprudencia, 1998, pp. 77-80.

el plazo antes señalado, ipso jure operará la caducidad del derecho; en contra de la Administración. Muy claramente el Art. 168 del Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva sostiene: “**Art. 168.- Declaración de lesividad de actos anulables:**

1. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en este estatuto, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso - administrativo.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo.

3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.”

4.3.3. EL ACTO ADMINISTRATIVO, EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, EL HECHO ADMINISTRATIVO, EL ACTO NORMATIVO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.

4.3.3.1. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA:

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, respecto del acto administrativo, sostiene:

“Art. 65.- ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

De la revisión del articulado anterior, concluimos que el acto administrativo, es una declaración de la voluntad administrativa, que nace del ejercicio de la función estatal, de naturaleza unilateral, la misma que surte efectos jurídicos directos al administrado o al particular.

“Art. 66.- VIGENCIA.- Los actos administrativos, para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación. La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho.”

Del análisis del artículo anterior, se colige que los actos administrativos, para garantizarse su plena validez legal, deben ser obligatoriamente notificados al administrado, en tanto que, si no se practica la notificación de rigor, se tendrán por ineficaces y por ende, como no surtidores de efectos jurídicos. Si la Administración, ejecutare la finalidad de un acto administrativo, sin que éste haya sido notificado, se tendrá como vía de hecho.

“Art. 67.- RESTRICCIÓN DE CONTENIDO.- Las resoluciones administrativas de carácter particular no podrán vulnerar lo establecido en una disposición de carácter general, aun cuando aquellas tengan grado igual o superior a éstas.”

Del análisis del artículo anterior, se colige que los actos administrativos de carácter particular, no podrán vulnerar una disposición de carácter general, aun; cuando el acto, se tenga por igual o superior a aquélla.

“Art. 68.- LEGITIMIDAD Y EJECUTORIEDAD.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse desde que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto.”

Del análisis del artículo anterior, se colige que los actos administrativos, se presumen legítimos, es decir, que nacen de la ley, y se tendrán por ejecutoriados, desde el momento en que estos hayan sido dictados o en su defecto notificados, según sea el caso.

“Art. 69.- IMPUGNACIÓN.- Todos los actos administrativos expedidos por los órganos y entidades sometidos a este estatuto serán impugnables en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad de este estatuto. La impugnación en sede judicial se someterá a las disposiciones legales aplicables.

En todo caso, quien se considere afectado por un acto administrativo lo podrá impugnar judicialmente ante el respectivo Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de manera directa. No será necesario para el ejercicio de este derecho el que haya precedido reclamación, administrativa previa la misma que será optativa.”

Del análisis del artículo anterior, se colige que todos los actos emanados del ejercicio de la función administrativa, serán susceptibles de impugnación, tanto en sede judicial como en sede administrativa. Sin embargo, no se tiene como requisito, para ejercitar la impugnación judicial, la previa impugnación del acto, en sede administrativa, tal cual, como lo sostiene la Ley de Modernización del Estado. La impugnación, en sede administrativa, será ante el organismo superior en grado, cuando éste existiese, o en su defecto, ante la misma autoridad administrativa que emitió el acto, es decir, cuando ésta se repute como la máxima autoridad de la entidad estatal emisora. La impugnación, en sede judicial, se elevará ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la jurisdicción correspondiente al actor de la acción contencioso administrativa.

“Art. 89.- ORIGEN DE LA EXTINCION O REFORMA.- Los actos administrativos que expidan los órganos y entidades sometidos a este estatuto se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado.

En general, se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición.

También se podrán extinguir los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos que incidan en las instituciones u órganos administrativos sujetos al presente estatuto.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos, son susceptibles de extinción o reforma, sea de oficio o en su defecto, a petición de parte. Los actos administrativos son susceptibles de extinción por el cumplimiento de alguna modalidad fáctica, de naturaleza accidental a aquellos, tales como una condición o un plazo. Asimismo, son susceptibles de extinción, aquellos actos administrativos los cuales han sido engendrados como consecuencia de decisiones dictadas por otros

órganos del poder público, incidentes en los órganos administrativos correspondientes, estrictamente a la Función Ejecutiva.

“Art. 90.- RAZONES.- Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad.”

Del análisis del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos, son susceptibles de reforma o extinción, por razones de oportunidad o en su defecto, por razones de legitimidad.

“Art. 91.- EXTINCION O REFORMA DE OFICIO POR RAZONES DE OPORTUNIDAD.- La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifican declarar extinguido dicho acto administrativo.

El acto administrativo que declara extinguida un acto administrativo por razones de oportunidad no tendrá efectos retroactivos.

La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidiera el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella.”

Del análisis del artículo que antecede, se colige que un acto administrativo, es susceptible de extinción o reforma, por razones de oportunidad; cuando pesan razones de orden público, que hacen del acto administrativo, impertinente y ajeno al mundo jurídico. La declaratoria de extinción o reforma de un acto administrativo, por razones de oportunidad, no surte efectos retroactivos. La extinción o reforma de un acto administrativo, por este concepto, será declarada, o bien por la autoridad que dictó el acto a ser extinguido o en su defecto por una autoridad jerárquicamente superior o por quien la sustituya a la autoridad originaria del acto extinguido.

“Art. 92.- DAÑOS CAUSADOS.- La autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad, que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado. Para el efecto, se instaurará, de oficio o a petición de parte, un expediente administrativo que será sustanciado de manera sumaria.

Los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la Administración con respecto al pago de la mencionada indemnización. Dicha impugnación no impedirá la extinción del acto administrativo resuelta por la respectiva autoridad. Esta indemnización no tendrá lugar cuando lo que se ve afectado por el mencionado acto es un derecho otorgado expresa y válidamente a título precario o derechos reflejos o intereses legítimos.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la autoridad administrativa, que pretenda declarar la extinción o reformar un acto administrativo, por razones de oportunidad, pero que por tal extinción o reforma, cause lesión total o parcial a un derecho subjetivo inherente al administrado o particular, en forma previa, deberá garantizar la reparación indemnizatoria correspondiente, para lo cual, la Administración, de oficio o a petición de parte, incoará el respectivo expediente administrativo, el cual será sustanciado de manera sumaria, según las normas generales previstas en el Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva. Los administrados perjudicados, podrán acudir a la justicia contencioso administrativa, con la finalidad de impugnar el acto administrativo final que haya sido dictado por la autoridad, en relación a la compensación indemnizatoria antes manifiesta. Sin embargo, independientemente de la impugnación que haya sido formulada contra la resolución administrativa que haya discernido la reclamación indemnizatoria, ésta no impedirá la extinción o reforma del acto administrativo, resuelta por la autoridad administrativa. La indemnización antes manifiesta, no tiene lugar, cuando la afectación causada por la extinción, pesa sobre sobre derechos otorgados a título precario, o respecto de derecho reflejos (objetivos) o respecto de intereses legítimos.

“Art. 93.- EXTINCION DE OFICIO POR RAZONES DE LEGITIMIDAD.-

Cualquier acto administrativo expedido por los órganos y entidades sujetas a este estatuto deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

Los actos administrativos surgidos como consecuencia de decisiones de otros poderes públicos con incidencia en las instituciones u órganos sujetos al presente estatuto también deberán ser extinguidos cuando el acto contenga vicios no convalidables o subsanables. El acto administrativo que declara

extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos, son susceptibles de extinción, por razones de legitimidad, cuando éstos, adolecen de vicios insubsanables o no convalidables, es decir, cuando adolecen de nulidad de pleno derecho. Asimismo, los actos administrativos que hayan derivado de la existencia jurídica de decisiones emanadas por otros poderes públicos incidentes en el emisor originario, y que por ende, adolezcan de vicios insubsanables o no convalidables, serán susceptibles de extinción; por razones de legitimidad. La declaratoria de extinción de un acto administrativo, por razones de legitimidad, surte efectos retroactivos.

“Art. 124.- EJECUTIVIDAD.- Los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta norma y en la legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que el acto administrativo, es ejecutivo, entendiéndose por ejecutividad, la potestad de la Administración, para hacer cumplir la finalidad del acto y constreñir al administrado, a la obediencia del acto ejecutivo.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto de los actos administrativos, sostiene:

“Artículo 364.- Potestad ejecutiva.- Los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos.

Se entenderá por acto administrativo toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los Gobiernos Autónomos Descentralizados, gozan de potestad ejecutiva, es decir, que disponen de la capacidad

legal de dictan actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos, para el debido cumplimiento de sus fines, derivados del ejercicio de la función administrativa. Es así, que respecto al asunto que nos atañe y en la misma línea revisoria, se concluye que el acto administrativo es toda declaración unilateral de la voluntad; derivada del ejercicio de la función administrativa, la misma que surte efectos jurídicos individuales y directos al administrado.

“Artículo 365.- Vigencia.- Los actos administrativos deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y no tendrán eficacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación.

La ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirá, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vía de hecho.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que, para garantizar la vigencia de los actos administrativos, éstos deben ser notificados en legal forma, razón por la cual, los actos, no surtirán sus efectos jurídicos, cuando la administración seccional, haya omitido su notificación.

Por lo tanto, si la Administración Seccional, ejecuta la finalidad de un acto administrativo, sin que éste haya sido previamente y oportunamente notificado, advertirá vía de hecho.

“Artículo 366.- Autotutela, legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos de los órganos de administración de los gobiernos autónomos descentralizados gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.

Los actos administrativos serán inmediatamente ejecutables. La presentación de reclamo o recursos no suspenderá la ejecución de los actos administrativos, salvo que la propia autoridad motivadamente lo decida, por considerar que se podría causar daños de difícil o imposible reparación, o perjuicios al administrado o a terceros. La suspensión se ordenará previa ponderación entre el interés público y el interés particular en conflicto.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos emanados por los órganos de la Administración Seccional, gozan de las presunciones

de legitimidad y ejecutoriedad. Los actos administrativos, una vez que se tengan por definitivos, serán inmediatamente ejecutados, independientemente si se haya presentado recursos o reclamos administrativos en contra. Sin embargo, la autoridad emisora del acto impugnado, podrá suspender los efectos de éste, cuando considere, en forma motivada, que la ejecución del acto impugnado, puede causar daños de difícil o de imposible reparación, o perjuicio al administrado o a terceros. La suspensión en cuanto a la ejecución del acto, debe ser sostenida, en observancia del principio de ponderación entre el interés público y el interés particular en controversia.

“Artículo 367.- De la extinción o reforma.- Los actos administrativos se extinguen o reforman en sede administrativa de oficio o a petición del administrado. En general, se extinguirán los actos administrativos por el cumplimiento de alguna modalidad accidental a ellos, tales como plazo o condición.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos, son susceptibles de extinción o reforma, sea de oficio, o a petición de parte. De manera general, los actos administrativos, son susceptibles de extinción por la materialidad de una modalidad accidental a aquéllos, tales como una condición o un plazo específico. Es así, que los actos administrativos, son susceptibles de extinción o reforma, por razones de oportunidad o en su defecto, por razones de legitimidad.

“Artículo 368.- Extinción o reforma de oficio por razones de oportunidad.- La extinción o reforma de oficio de un acto administrativo por razones de oportunidad tendrá lugar cuando existen razones de orden público que justifiquen declarar extinguido dicho acto administrativo.

El acto administrativo que declara extinguido otro acto administrativo, por razones de oportunidad, no tendrá efectos retroactivos.

La extinción la podrá realizar la misma autoridad que expidiera el acto o quien la sustituya en el cargo, así como cualquier autoridad jerárquicamente superior a ella.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos emanados por la Administración Seccional, son susceptibles de extinción o reforma de oficio, por razones de oportunidad, esto es, cuando surjan cuestiones de orden público

que hagan impertinente al acto en el mundo jurídico. La declaración de extinción o reforma del acto administrativo, por razones de oportunidad, no surte efectos retroactivos. La extinción o reforma del acto administrativo, por razones de oportunidad, podrá ser declarada por la autoridad que emanó el acto extinguido, por quien la sustituya o en su defecto, por la autoridad jerárquicamente superior.

“Artículo 369.- Daños causados.- La autoridad que decida extinguir o reformar un acto administrativo por razones de oportunidad, que afecte total o parcialmente un derecho subjetivo, deberá previamente pagar la debida indemnización por el daño que se cause al administrado.

Para el efecto, se instaurará, de oficio o a petición de parte, un expediente administrativo que será sustanciado de manera sumaria.

Los administrados podrán impugnar judicialmente la resolución que adopte la administración de los gobiernos autónomos descentralizados correspondiente con respecto al pago de la mencionada indemnización. Dicha impugnación no impedirá la extinción del acto administrativo resuelto por el funcionario público correspondiente.

Esta indemnización no tendrá lugar cuando lo que se ve afectado por el mencionado acto es un derecho otorgado expresa y válidamente a título precario o derechos reflejos o intereses legítimos.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la autoridad que haya decidido, declarar la extinción o reformar un acto administrativo, por razones de oportunidad, y que por tal extinción o reforma, se produzca la afectación total o parcial de derechos subjetivos inherentes al administrado o particular, deberá, en forma previa, abonar la respectiva indemnización a favor del administrado-perjudicado. Para estos efectos, se instaurará de oficio o a petición de parte, el respectivo expediente administrativo, el mismo que será sustanciado de forma sumaria y en el cual se resolverá

“Artículo 370.- Extinción de oficio por razones de legitimidad.- Cualquier acto administrativo expedido por los gobiernos autónomos descentralizados deberá ser extinguido cuando se encuentre que dicho acto contiene vicios que no pueden ser convalidados o subsanados.

El acto administrativo que declara extinguido un acto administrativo por razones de legitimidad tiene efectos retroactivos.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos dictados por la Administración Seccional, son susceptibles de extinción, por razones de legitimidad, cuando éstos, adolecen de vicios o violaciones al ordenamiento jurídico, de carácter insubsanable. La declaratoria de extinción de un acto administrativo (nulidad), por razones de legitimidad, surte efectos retroactivos.

“Artículo 381.- Compulsión.- Los actos administrativos que impongan una obligación de no hacer o de soportar, podrán ser ejecutados por compulsión directa en los casos en que la ley o la normativa del nivel de gobierno respectivo expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a la dignidad del administrado y sus derechos reconocidos en la Constitución.

Si tratándose de obligaciones de hacer, no se realizare la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa y coactiva.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos dictados por la Administración Seccional, los cuales tengan por finalidad la imposición de obligaciones de dar a los administrados, podrán ser ejecutados por la vía de la compulsión, en tanto y en cuanto, así lo disponga expresamente la ley dictada por el órgano seccional competente; para lo cual, paralelamente se observarán las normas constitucionales relativas a derechos subjetivos y reflejos inherentes a los administrados. En cuanto a las obligaciones de hacer, si el administrado incumple con un acto de esta naturaleza, en tanto y en cuanto, le sea previamente inherente, la Administración Seccional, podrá perseguir los daños y perjuicios a que hubiere lugar, cuya cobrabilidad, la practicará mediante el procedimiento coactivo correspondiente.

Asimismo, el Código Tributario, al respecto de los actos administrativos, sostiene:

“Art. 81.- Forma y Contenido de los Actos.- Todos los actos administrativos se expedirán por escrito. Además, serán debidamente motivados, con expresión de los fundamentos de hecho y de derecho cuando resuelvan peticiones, reclamos o recursos de los sujetos pasivos de la relación tributaria, o cuando absuelvan consultas sobre inteligencia o aplicación de la Ley.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativos, en materia tributaria, deben necesariamente expresamente por escrito, es decir, se desconoce la naturaleza de los actos tácitos o presuntos. Asimismo, la legislación tributaria, considera que los actos administrativos de esta especie, deben ser emitidos con la respectiva motivación legal, es decir, que deberá contener los fundamentos de hecho y de derecho que legitimen la finalidad del acto administrativo; independientemente de cual fuese su origen, sea por consultas, reclamos, recursos administrativos o facultades determinadoras o sancionadoras.

“Art. 82.- Presunción del Acto Administrativo.- (Reformado el segundo inciso por el Art. 2 de la Ley 93; R.O. 764-S, 22-VIII-95).- Los actos administrativos tributarios gozarán de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados.

Sin embargo, ningún acto administrativo emanado de las Dependencias de las Direcciones y Órganos que administren tributos, tendrán validez si no han sido autorizados o aprobados por el respectivo Director General o funcionario debidamente delegado.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos administrativo-tributarios, gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y por ende, son objeto de cumplimiento obligatorio respecto del sujeto pasivo, sin embargo, se tendrá por ejecutivos, desde el momento en que el acto administrativo se tenga en firme y definitivo. Ahora bien, los actos administrativo-tributarios emanados por los órganos estatales desconcentrados que integren la Administración Tributaria, tendrán validez, en tanto y en cuanto, hayan sido aprobados por el Director General o en su defecto por el funcionario delegado para tales efectos.

“Art. 83.- Actos Firmes.- Son actos administrativos firmes, aquellos respecto de los cuales no se hubiere presentado reclamo alguno, dentro del plazo que la Ley señala.”

Del análisis del artículo anterior, se desprende que los actos administrativo-tributarios en firme, son aquellos; los mismos que no ha sido sujeto de reclamación alguna, dentro de los plazos que prevé la ley.

“Art. 84.- Actos Ejecutoriados.- Se considerarán ejecutoriados aquellos actos que consistan en Resoluciones de la Administración, dictados en reclamos tributarios, respecto de los cuales no se hubiere interpuesto o no se hubiere previsto recurso ulterior, en la misma vía administrativa.”

Del análisis del artículo que antecede, se colige que los actos ejecutoriados o definitivos, en materia tributaria, son aquellos los mismos que contienen resoluciones administrativas y que en consecuencia, no han sido impugnados mediante recurso jerárquico ante el órgano superior en grado.

“Art. 85.- Notificación de los Actos Administrativos.- Todo acto administrativo relacionado con la determinación de la obligación tributaria, así como las Resoluciones que dicten las Autoridades respectivas, se notificará a los peticionarios o reclamantes y a quienes puedan resultar directamente afectados por esas decisiones, con arreglo a los preceptos de este Código.

El acto de que se trate no será eficaz respecto de quien no se hubiere efectuado la notificación.”

Del análisis del artículo que antecede, se colige que todo acto administrativo emanado de la Administración Tributaria, a fin de que surta los efectos jurídicos que se propone, deberá ser oportunamente notificado al administrado, con la finalidad de que proceda a cumplir con lo dispuesto en aquél, bajo prevenciones de ley. Si el acto, no fuese notificado en legal forma, se tendrá por ineficaz.

“Art. 86.- Cómputo y Obligatoriedad de los Plazos.- Los plazos o términos establecidos, en este Código o en otras Leyes Tributarias Especiales, se contarán a partir del día hábil siguiente al de la notificación, legalmente efectuada, del correspondiente acto administrativo, y correrán hasta la última hora hábil del día de su vencimiento.

Los plazos o términos obligan por igual a los funcionarios administrativos y a los interesados en los mismos.”

Los plazos para el cumplimiento de un acto administrativo y en definitiva, para su ejecutividad, se contarán desde el momento de la notificación; en tanto y en cuanto,

ésta haya sido legalmente efectuada, y se tendrán por vigentes hasta el último día hábil relativo a la fecha de vencimiento de la obligación.

4.3.3.2. EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.-

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, textualmente prevé:

“Art. 70.- ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACION.- Son toda declaración unilateral interna o interorgánica, realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma indirecta en vista de que solo afectan a los administrados a través de los actos, reglamentos y hechos administrativos, dictados o ejecutados en su consecuencia.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que acto de simple administración, como aquella declaración unilateral emanada del ejercicio de la función administrativa, la misma que produce efectos jurídicos indirectos al administrado, esto, por cuanto, repercute en aquél, por intermedio de actos administrativos, reglamentos, hechos administrativos, etc.

“Art. 71.- DICTAMENES E INFORMES.- Se requerirá de dictámenes e informes cuando ello sea obligatorio en virtud de las normas de procedimiento administrativo.

El dictamen tiene el propósito de facilitar elementos de opinión o juicio, para la formación de la voluntad administrativa y forma parte de los actos previos a la emisión de dicha voluntad.

El dictamen o informe se integra como otra etapa de carácter consultivo - deliberativo en el procedimiento administrativo de conformar la voluntad administrativa.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos de simple administración, se definen como informes o dictámenes, los mismos que tienen por finalidad, proporcionar un criterio u opinión a la máxima autoridad de la entidad estatal, con la finalidad de que ésta, en representación de la persona jurídica de derecho

público que representa, forje su criterio de voluntad administrativa y en consecuencia, emita el acto normativo o acto administrativo que corresponda o ejecute el hecho administrativo de rigor. Por su naturaleza, se concluye que los informes o dictámenes, son de carácter consultivo-deliberativo y por ende, no son vinculantes; en forma obligatoria, a la formación de la voluntad administrativa.

“Art. 72.- CONTENIDO.- Los dictámenes contendrán:

- a) Resumen de la cuestión objeto de la consulta;**
- b) Relación de los antecedentes que sirvan de elementos de juicio para resolver;**
y,
- c) Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada.**
- d) Los informes, por su parte, referirán concretamente los antecedentes y circunstancias que hayan sido requeridos.”**

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los informes o dictámenes (actos de simple administración), estarán conformados por los siguientes elementos sustanciales:

- A) Resumen de la cuestión objeto de la consulta.- Consiste en que el órgano o autoridad emisora del dictamen o informe, de manera concreta y específica, precise cuál es el objeto o la finalidad del acto de simple administración, es decir, qué es lo que persigue discernir mediante su existencia jurídica.
- B) Relación de los antecedentes de juicio que sirvan para resolver.- Consiste en que la autoridad emisora del acto de simple administración (informe o dictamen), efectúe una relación circunstanciada de los antecedentes de hecho y de derecho que servirán de sustento para emitir el criterio consultivo; lo que supone, que el objeto o finalidad del acto, deberá ser motivado y debidamente circunstanciado.
- C) Opinión concreta y fundada en normas jurídicas o técnicas aplicables a la cuestión consultada.- Consiste en que la autoridad administrativa emisora del acto de simple administración (informe o dictamen), formule la absolución de la consulta sometida a su conocimiento, observando para el efecto, las disposiciones legales y técnicas aplicables, las mismas que deberán ser citadas y debidamente analizadas y aplicadas al objeto de la consulta absuelta.
- D) Los actos de simple administración, siendo éstos los informes o dictámenes administrativos, deberán contener los antecedentes fácticos y jurídicos, los mismos

que impulsaron la formulación de la consulta, al órgano emisor del acto de simple administración.

“Art. 73.- MORA EN EMITIR INFORMES TECNICOS.- De conformidad con la Ley de Modernización, si por expresa disposición de la ley o reglamento se condicione la adopción de una disposición a la realización de evaluaciones técnicas por parte de determinados órganos o entidades y los mismos no realizaren los actos necesarios dentro del período prefijado en la ley o reglamento, o en su ausencia, dentro de los siguientes treinta días hábiles a partir de la recepción del pedido respectivo, el responsable del procedimiento administrativo o el propio administrado interesado en dicho procedimiento podrá solicitar que las mencionadas evaluaciones técnicas las lleve a cabo otra entidad u órgano de la administración pública o centros universitarios o politécnicos dotados de la suficiente capacidad técnica para realizar el informe o la evaluación.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que si los actos de simple administración, siendo éstos, informes o dictámenes administrativos, no hubiesen sido emitidos por la autoridad obligada para su emisión, dentro de los plazos que prevé la ley, o en su ausencia, dentro de los treinta días posteriores a la recepción de la consulta, el órgano solicitante o en su defecto, el mismo administrado, podrán viabilizar, que dicho pronunciamiento previo, sea emitido por otra entidad estatal o en su defecto, por un centro de educación superior debidamente especializado en la rama de la consulta formulada. Esta disposición, es aplicable fundamentalmente para la práctica de evaluaciones técnicas.

“Art. 74.- IMPUGNACION.- Los actos de simple administración por su naturaleza consultiva y preparatoria a la manifestación de la voluntad administrativa no son propiamente impugnables. Ello sin perjuicio del derecho a impugnar el acto administrativa que omitió un dictamen o informe cuando ellos eran necesarios o cuando se sustentó en un informe o dictamen erróneo.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos de simple administración, por su naturaleza, no son impugnables, sin embargo, los actos administrativos, actos normativos o hechos administrativos, en los cuales haya incidido el acto de simple administración, podrán ser impugnados, bien por falta de aquél, esto cuando la ley, precise la necesidad de contar con el respectivo informe o dictamen

previo a la emisión del acto o ejecución del hecho, o en su defecto, cuando el informe o dictamen fuese erróneo.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, respecto de los actos de simple administración, textualmente dice: “

“Artículo 364.- Potestad ejecutiva.- Los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos....

...Por actos de simple administración se entenderán aquellos actos jurídicos de la administración pública que no crean, modifican ni extinguen derechos subjetivos...”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos de simple administración, son aquellos actos o acciones jurídicas derivadas de la Administración, los mismos que no modifican ni extinguen derechos subjetivos; razón por la cual, no son susceptibles de notificación, ni mucho menos impugnables en sede administrativa ni judicial, esto, dada su naturaleza jurídica, de carácter no vinculante a la formación y al ejercicio de la función administrativa expresada en la voluntad de la Administración.

4.3.3.3. EL HECHO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA:

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, respecto de los hechos administrativos, sostiene:

“Art. 78.- HECHO ADMINISTRATIVO.- El hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, ya sea que medie o no una decisión de acto administrativo previo.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los hechos administrativos son toda actividad física o material, expresada en acciones materiales, tangibles y técnicas, desplegadas por la Administración, en función de una norma jurídica o de un acto administrativo previo, expresiones u operaciones materiales las mismas que producen efectos jurídicos directos e indirectos al administrado.

“Art. 79.- IMPUGNACION.- Las personas afectadas por hechos administrativos deberán denunciarlos o presentar el respectivo reclamo ante la autoridad correspondiente. Si formulado el reclamo la Administración lo niega, se podrá impugnar dicha decisión ya sea en sede administrativa o judicial.

Cuando los hechos administrativos afectaren una garantía constitucional de forma cierta e inminente será posible su impugnación en la forma prevista en la Constitución.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los hechos administrativos de naturaleza arbitraria o que no acusen conformidad a derecho, y que por tal irregularidad, vicien derechos subjetivos o constitucionales del administrado o particular, podrán ser susceptibles de impugnación, sea en sede administrativa o judicial.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, sostiene respecto de los hechos administrativos, lo siguiente:

“Artículo 364.- Potestad ejecutiva.- Los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos.....

Los hechos administrativos son aquellas actividades materiales traducidas en operaciones técnicas o actuaciones físicas ejecutadas en ejercicio de una función administrativa, productora de efectos jurídicos ya sea que medie o no una decisión o un acto administrativo.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los hechos administrativos, se entienden como acciones materiales, de naturaleza física o técnica, las mismas que surten efectos jurídicos directos e indirectos en contra del administrado. Los hechos administrativos, podrán derivar, expresamente de la ley o en su defecto de un acto administrativo previo.

4.3.3.4. EL ACTO NORMATIVO, SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA:

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, respecto de los actos normativos, textualmente sostiene:

“Art. 80.- ACTO NORMATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos generales, objetivos de forma directa. De conformidad con la Constitución corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria. Un acto normativo no deja de ser tal por el hecho de que sus destinatarios puedan ser individualizados, siempre que la decisión involucre a la generalidad de los diversos sectores.”

De la revisión del artículo que antecede, se define por acto de simple administración, como aquella declaración unilateral, derivada del ejercicio de la función administrativa, la misma que produce efectos jurídicos directos, generales y objetivos. Solamente, la autoridad que goce de facultad normativa, podrá emitir actos normativos, como por ejemplo el Presidente de la República y los Ministros de Estado y más órganos de grado máximo superior. El acto normativo, no abandona tal cualidad, aunque esté dirigido a determinados destinatarios, en tanto y en cuanto, repercuta en varios sectores.

“Art. 81.- FORMACION.- Los actos normativos serán expedidos por el respectivo órgano competente. La iniciativa para su expedición deberá ir acompañada de los estudios e informes necesarios que justifique su legitimidad y oportunidad.

Los órganos administrativos previa la expedición de actos normativos podrán convocar a las personas que se verían afectadas por sus disposiciones para escuchar sus opiniones con respecto a las normas a expedirse. Dichas opiniones no vincularán a la Administración.

En la expedición de actos normativos será necesario expresar la norma legal (sic) en que se basa. No será indispensable exponer consideraciones de hecho que justifiquen su expedición.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos normativos, serán emitidos, según las siguientes consideraciones:

- 1.- Serán emitidos por autoridad competente, es decir, por quien goce de facultad normativa.
- 2.- Serán emitidos, previo a la disponibilidad de los estudios y dictámenes de factibilidad.
- 3.- Previo a la expedición de un acto administrativo, el órgano emisor podrá convocar a la colectividad afectada; con la finalidad de escuchar sus opiniones e incorporarlas en el marco estructural del acto normativo.
- 4.- Para la expedición del acto normativo, basta con citar la norma de ley que lo sustenta; por lo que, las consideraciones de hecho, no serán necesarias, sin perjuicio del órgano emisor, en expresarlas.

“Art. 82.- VIGENCIA.- Los actos normativos surtirán efectos desde el día en que su texto aparece publicado íntegramente en el Registro Oficial. En situaciones excepcionales y siempre que se trate de actos normativos referidos exclusivamente a potestades de los poderes públicos o en casos de urgencia debidamente justificada, se podrá disponer que surtan efecto desde la fecha de su expedición.”

Los actos normativos, se tendrán por eficaces o de plena sustantividad, desde el momento de su publicación en el Registro Oficial, salvo situaciones excepcionales, es decir, de urgencia debidamente justificada, para lo cual, el órgano emisor, deberá disponer de dicha facultad, por mandato de la ley; lo que equivaldrá a que el acto normativo, surta efectos jurídicos, desde la fecha de su emisión.

“Art. 83.- IMPUGNACION.- Las personas que se consideren afectadas directamente por las disposiciones de actos normativos o por los actos de ejecución de los mismos podrán pedir su derogatoria o reforma en sede administrativa, sin perjuicio del derecho que les asiste de impugnarlos judicialmente.”

Los actos normativos, los cuales afecten derechos objetivos o subjetivos del administrado o los actos de ejecución de aquellos, que surtan efectos jurídicos negativos en contra de los administrados o particulares, podrán ser impugnados en sede judicial o administrativa, lo que quedará a criterio del perjudicado.

4.3.3.5. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA:

4.3.3.5.1. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA ESTATUTO DE RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA:

El Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva, respecto del contrato administrativo, sostiene:

“Art. 75.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los contratos administrativos, se tienen como toda declaración multilateral o de voluntad común, en la que interviene el particular y la Administración. El contrato administrativo, es capaz de surtir efectos jurídicos entre las partes que lo celebran.”

“Art. 76.- FORMACION DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- DE LOS ACTOS SEPARABLES.- En la formación de los contratos administrativos hay dos fases: la precontractual y la contractual o de ejecución. A estas fases concurre también todo potencial contratista desarrollando determinadas actividades jurídicas.

Los actos, los hechos, los reglamentos y los actos de simple administración, producidos, dictados o ejecutados en la preparación de la voluntad administrativa contractual se consideran incorporados unitariamente, aunque de manera separable, al procedimiento administrativo de conformación de dicha voluntad. A ellos son aplicables en consecuencia las normas de procedimiento administrativo tanto para la formación de la voluntad administrativa como su impugnación.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los contratos administrativos, se forman mediante dos fases o etapas, siendo éstas, la etapa precontractual y la etapa contractual o de ejecución. En cuanto respecta a la etapa precontractual, en esta, comparece el proveedor del Estado, debidamente calificado como tal, con la finalidad de presentar su oferta técnica y económica y perseguir en consecuencia la adjudicación del contrato. La etapa precontractual, finaliza con la suscripción del

contrato; al cual se incorporarán, todos los documentos producidos durante el desarrollo de esta fase. En cuanto respecta, a la etapa contractual o de ejecución, no es más que el desarrollo mismo del objeto del contrato, por parte del contratista; dentro de los plazos y condiciones de ejecución, previstos en el contrato.

“Art. 77.- IMPUGNACION.- Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva.

En general y de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados de y relacionados con todos los contratos administrativos.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los contratos administrativos, son susceptibles de impugnación, tanto en sede judicial como administrativa, en razón de las manifiestas jurídicas convergentes a ellos.

4.3.3.5.2. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL, AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN:

El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, textualmente señala lo que sigue:

“Artículo 364.- Potestad ejecutiva.- Los ejecutivos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán dictar o ejecutar, para el cumplimiento de sus fines, actos administrativos, actos de simple administración, contratos administrativos y hechos administrativos....

...Los contratos administrativos son aquellas declaraciones bilaterales de voluntad alcanzadas entre un ente estatal o no estatal en ejercicio de una función administrativa y un particular u otro ente público....”

Del análisis aplicado a la norma jurídica que antecede, se colige que los contratos administrativos, son aquellas declaraciones de orden bilateral celebradas entre un órgano de la Administración y un particular u otra entidad de fuente pública, acto mutuo que surte efectos jurídicos directos e indirectos entre los suscribientes o intervinientes.

4.3.3.5.3. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO:

En la Ley Orgánica de Servicio Público, se distinguen dos especies de contrato en particular, los mismos que se tienen como contratos administrativos, en virtud de que interviene la administración y un particular, que a partir de la celebración del mismo, se tendrá como administrado.

4.3.3.5.3.1. CONTRATOS DE SERVICIOS OCASIONALES.- Los contratos de servicios ocasionales, son aquellos que tienen por finalidad, la contratación de servicios de carácter extraordinario, es decir, que nacen de la suprema necesidad de la administración y que en consecuencia, requieren de especializaciones específicas. Para la suscripción de contratos de servicios ocasionales, debe existir el informe previo de la Unidad Administrativa de Talento Humano y a su vez, la disponibilidad presupuestaria, que no suponga recarga al presupuesto ordinario; salvo autorización de las autoridades competentes. El contrato de servicios ocasionales, supone la ejecución de actividades temporales; puesto que, solamente se proyecta a superar una necesidad en específico, la misma que no puede ser satisfecha por la administración. Asimismo, los contratos de servicios ocasionales, suponen la entrega de productos en específico, razón por la cual, distan de los contratos de servicio permanente, que son propios de la Administración Pública. Los contratados bajo esta modalidad, podrán permanecer en sus funciones hasta por el período de dos años, es decir, 24 meses ininterrumpidos; siempre y cuando, exista el informe técnico previo de la UATH correspondiente. Esta especie de contrataciones, no se sujetan al régimen de concursos de merecimientos y oposición. Por esta especie de contratos, no se genera estabilidad laboral a favor del contratado. Las instituciones públicas, no podrán contratar sino hasta el 20% del total del personal que las integran, pudiendo incrementarse, previa aprobación del Ministerio de Relaciones Laborales. Las remuneraciones que convergen a esta especie de contrataciones, estarán comprendidas, según la Escala que para el efecto, prevea el Ministerio del Ramo. Muy claramente el Art. 58 de la Ley Orgánica de Servicio Público, sostiene: “Art. 58.- De los

contratos de servicios ocasionales.- La suscripción de contratos de servicios ocasionales será autorizada por la autoridad nominadora, para satisfacer necesidades institucionales, previo el informe de la unidad de administración del talento humano, siempre que exista la partida presupuestaria y disponibilidad de los recursos económicos para este fin. La contratación de personal ocasional no podrá sobrepasar el veinte por ciento de la totalidad del personal de la entidad contratante; en caso de que se superare dicho porcentaje deberá contarse con la autorización previa del Ministerio de Relaciones Laborales, estos contratos no podrán exceder de doce meses de duración o hasta que culmine el tiempo restante del ejercicio fiscal en curso. Se exceptúa de este porcentaje a aquellas instituciones u organismos de reciente creación que deban incorporar personal bajo esta modalidad, hasta que se realicen los correspondientes concursos de selección de méritos y oposición y en el caso de puestos que correspondan a proyectos de inversión o comprendidos en la escala del nivel jerárquico superior. Por su naturaleza, este tipo de contratos no generan estabilidad. El personal que labora en el servicio público bajo esta modalidad, tendrá relación de dependencia y derecho a todos los beneficios económicos contemplados para el personal de nombramiento, con excepción de las indemnizaciones por supresión de puesto o partida o incentivos para jubilación. Las servidoras o servidores públicos sujetos a este tipo de contrato no ingresarán a la carrera del servicio público, mientras dure su contrato. Para las y los servidores que tuvieran suscritos este tipo de contratos, no se concederá licencias y comisiones de servicios con o sin remuneración para estudios regulares o de posgrados dentro de la jornada de trabajo, ni para prestar servicios en otra institución del Sector Público. Este tipo de contratos, por su naturaleza, de ninguna manera representará estabilidad laboral en el mismo, ni derecho adquirido para la emisión de un nombramiento permanente, pudiendo darse por terminado en cualquier momento, lo cual podrá constar del texto de los respectivos contratos. La remuneración mensual unificada para este tipo de contratos, será la fijada conforme a los valores y requisitos determinados para los puestos o grados establecidos en las Escalas de Remuneraciones fijadas por el Ministerio de Relaciones Laborales, el cual expedirá la normativa correspondiente. El contrato de servicios ocasionales que no se sujete a los términos de esta Ley, será causal para la conclusión automática del mismo y originará en consecuencia la determinación de las responsabilidades administrativas, civiles o penales de conformidad con la ley. En caso de necesidad institucional se podrá renovar por única vez el contrato de servicios ocasionales hasta por doce meses adicionales salvo el caso de puestos comprendidos en proyectos de inversión o en la escala del nivel jerárquico superior.” Adicionalmente respecto de este tipo de contrato, decimos:

- No genera ninguna modalidad de compensación por concepto de jubilación, supresión de partida o compra de renuncia.
- Los contratos de servicios ocasionales, podrán ser suscritos en forma sucesiva hasta por 24 meses. Una vez, fenecido el plazo anterior, la entidad contratante podrá suscribir un nuevo contrato con el contratado, luego de un período fiscal.
- Si persiste la necesidad institucional, respecto del objeto sobre el cual ha versado el contrato de servicios ocasionales, la entidad contratante, creará el puesto a fin de ser convocado a concurso de merecimientos y oposición.
- Los contratados bajo la modalidad de servicios ocasionales, podrán subrogar o encargarse de un puesto vacante, razón por la cual, en la estructura del contrato, deberá existir una cláusula que permita tal posibilidad.
- Los contratos de servicios ocasionales, son susceptibles de adéndum; es decir, actos complementarios al objeto del contrato originario.
- El contrato de servicios ocasionales deberá contener: a) Lugar y fecha de celebración; b) comparecientes; c) antecedentes; d) objeto; e) descripción de las actividades a ser desempeñadas; f) la posibilidad de subrogación o encargos; g) la remuneración pactada que no podrá ser inferior ni superior a los grados previstos en la Escala de Remuneraciones prevista por el MRL; h) certificación de disponibilidad y partida presupuestaria; i) dictamen favorable de la UATH; y, j) la determinación de que el contrato puede ser rescindido en cualquier momento.
- Son causales de terminación de un contrato de servicio ocasional, las siguientes: a) Cumplimiento del plazo; b) Mutuo acuerdo entre las partes; c) Renuncia voluntaria presentada; d) Incapacidad absoluta o permanente del contratado; e) Pérdida de los derechos de ciudadanía, declarada mediante sentencia ejecutoriada; f) Por terminación unilateral del contrato, sin necesidad de trámite previo; g) Por obtener una calificación de insuficiente o regular, durante el proceso de evaluación del desempeño; h) Por destitución; y, i) Por muerte.

4.3.3.5.3.2. CONTRATOS DE SERVICIOS CIVILES.- Textualmente el Art. 148 del Reglamento de la LOSEP sostiene *“La autoridad nominadora podrá suscribir contratos*

civiles de servicios profesionales o contratos técnicos especializados sin relación de dependencia, siempre y cuando la UATH justifique que la labor a ser desarrollada no puede ser ejecutada por personal de su propia entidad u organización, fuere insuficiente el mismo o se requiera especialización en trabajos específicos a ser desarrollados, que existan recursos económicos disponibles en una partida para tales efectos, que no implique aumento en la masa salarial aprobada, y que cumpla con los perfiles establecidos para los puestos institucionales y genéricos correspondientes. Estos contratos se suscribirán para puestos comprendidos en todos los grupos ocupacionales y se pagarán mediante honorarios mensualizados. Las personas a contratarse bajo esta modalidad no deberán tener inhabilidades, prohibiciones e impedimentos establecidos para las y los servidores públicos. Tratándose de personas que hayan recibido indemnización o compensación económica por compra de renuncia, retiro voluntario, venta de renuncia u otras figuras similares, no constituirá impedimento para suscribir un contrato civil de servicios, conforme lo establece la LOSEP y este Reglamento General. Las personas extranjeras, podrán prestar sus servicios al Estado Ecuatoriano, mediante la suscripción de contratos civiles de servicios profesionales o de servicios técnicos especializados para lo cual se estará a lo que establece para estas personas en la LOSEP, en este Reglamento General y las normas legales aplicables.”

En la especie, y de conformidad con lo establecido en el Art. 148 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público, el contrato civil de servicios profesionales o contratos técnicos especializados, sin relación de dependencia, son aquellos actos contractuales, los cuales, prevén la contratación de servicios profesionales y de altísimo nivel técnico, todo esto, con la finalidad de suplir o satisfacer necesidades organizacionales urgentes. Es facultativo de la autoridad nominadora, suscribir esta especie de contratos, siempre y cuando, la Unidad Administrativa de Talento Humano, en forma previa, informe motivadamente su procedencia, indicando las aseveraciones, apreciaciones y justificaciones jurídicas, técnicas y organizacionales que sustenten la viabilidad de la contratación de personal, bajo esta modalidad. Para entender por perfecto, el acto de contratar bajo la modalidad de servicios profesionales o técnicos especializados, deben preceder ciertos requisitos esenciales, sin perjuicio de las formalidades de ley prescritas tanto en la Norma Técnica del Subsistema de Planificación del Talento Humano, expedida

por la ex – SENRES con fecha 29 de diciembre del 2005⁷⁸ así como en el Art. 148 del Reglamento General de la Ley Orgánica de Servicio Público, entre los cuales tenemos:

1.- Informe Técnico Motivado, emitido por la UATH y aprobado por la autoridad nominadora.

2.- Los valores por concepto de “honorarios mensualizados”, se calcularán en virtud de los grados ocupaciones o escalas remunerativas establecidas por el Ministerio de Relaciones Laborales.

3.- La contratación bajo la modalidad de servicios profesionales o técnicos, no implicará incremento en la masa salarial aprobada.

4.- La contratación bajo la modalidad de servicios profesionales o técnicos, no generan relación de dependencia.

5.- El objeto contractual, para esta especie de contrataciones, comprenderá estrictamente la ejecución y entrega de productos cuantificables, a mérito de obligación expresa para el contratado. Si el objeto contractual, es satisfecho por el obligado, a entera satisfacción de la entidad pública que contrata, previo a la existencia de los respectivos informes de revisión y aprobación de los productos entregados por concepto del contrato que se advierte y demás documentos habilitantes ordenados por la ley o la costumbre, procederá el pago, en conformidad con la ley.

6.- Si el contratado, se proyecta o pretende proyectarse a desarrollar actividades permanentes para la organización, se reputará improcedente esta especie de contratación y en consecuencia, se preferirá la modalidad ocasional.

7.- Para la contratación de personal, bajo esta modalidad contractual, se dispondrá de la certificación presupuestaria correspondiente que acredite la existencia de recursos financieros suficientes como para satisfacer las obligaciones resultantes de la suscripción de esta clase de contratos.

4.3.3.5.4.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.-

4.3.3.5.4.1. CONSIDERACIONES:

a) LOS ESTUDIOS:

⁷⁸ “Obsérvese lo previsto en los Arts. 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40 y 41 contenidos en la Norma Técnica del Subsistema de Planificación del Talento Humano, expedida por la ex – SENRES con fecha 29 de diciembre del 2005, para mayor abundamiento.”

Cuando la entidad contratante esté dispuesta a iniciar un proceso precontractual, previo a este proceso y tomando en cuenta la naturaleza del mismo, la entidad contratante debe realizar los estudios y diseños definitivos, planos, cálculos así como especificaciones técnicas las mismas que deberán ser aprobadas por los servidores empresariales competentes, en conformidad con el Plan Anual de Contratación.

Como condición preliminar a la aprobación y por ende inicio de un proceso precontractual, deben elaborarse los estudios y diseños así como demás especificaciones técnicas, las cuales a su vez deberán considerar el análisis respectivo de desagregación tecnológica con la finalidad de determinar el grado y volumen de participación nacional o local. Tienen responsabilidad solidaria, tanto el representante legal de la entidad contratante así como los servidores empresariales que intervinieron en la elaboración de los estudios y diseños, por la validez, claridad y grado técnico de su contenido y resultados.

Una vez que los estudios y diseños hayan sido elaborados y aprobados por el representante legal, se reputa procedente el inicio de un procedimiento precontractual. Los estudios y diseños deben guardar estrecha relación con el objeto de la contratación, por lo que, deberá contener todas las exigencias de orden técnicas las mismas que deberá observar el posible contratista al momento de la ejecución del contrato.

Si los estudios o diseños, elaborados por la entidad contratante, presentaren errores de tal magnitud que puedan comprometer la ejecución de la obra o la prestación de un servicio, se cancelará el procedimiento. Si el contrato, ya adjudicado en virtud de estudios errados, éstos se constituyen como material referencial para la ejecución de la obra, y en la prosecución del contrato, se aberran los objetivos perseguidos, los servidores empresariales involucrados así como el representante legal serán responsables por todos los daños y perjuicios que por su omisión o dolo, afectaren de manera directa o indirecta la posición económica de la entidad contratante. Las responsabilidades serán establecidas de conformidad con lo que establece el art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

b) EL PRESUPUESTO:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 de la LOSNCP, para motivar un procedimiento precontractual, la entidad contratante, a través de la Unidad Financiera, debe certificar que existe la disponibilidad presupuestaria con la finalidad de satisfacer los egresos presentes y futuros derivados de la etapa de ejecución o contractual. Sin embargo, todo organismo sean financiero o no financiero, dispone de la capacidad, según la ley, de presentar propuestas económicas con la finalidad de proporcionar financiamiento total o parcial para la ejecución de determinados proyectos los cuales sean considerados como “macros”, por la entidad contratante. La propuesta de financiamiento deberá ser aprobada por el representante legal, especialmente cuando la entidad contratante, califica como prioritaria la realización de tal proyecto por su impacto social pero sin embargo no dispone de la capacidad financiera suficiente como para ejecutarlo. Sin embargo, previo a su aprobación, la Unidad Financiera, deberá emitir el informe técnico favorable, haciendo hincapié sobre todo, en los modos de amortización del capital financiero inyectado para la ejecución del proyecto en cuestión. Si la propuesta de inversión es extranjera, la entidad contratante deberá acreditar que dispone de los medios adecuados para amortizar financieramente la inyección de capital operativo, destinado a la ejecución del proyecto calificado como prioritario por la entidad contratante, con la finalidad de que el MEF a través del Comité de Deuda Pública, expida la autorización correspondiente y constituya a favor de la entidad contratante, la garantía soberana que según estos casos, es absolutamente perfectible de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica de Empresas Públicas. Asimismo es imperativa la autorización del Banco Central, para proceder con la captación de líneas de financiamiento externas. Se observarán las mismas disposiciones cuando se traten de proponentes de financiamiento de origen nacional o local. El modo de financiamiento para la ejecución de un proyecto determinado, deberá estar determinado en los pliegos.

La certificación presupuestaria debe reflejar en forma clara y concreta la disponibilidad presupuestaria para la ejecución del proyecto, valor el mismo que debe ser directamente proporcional con el valor contemplado en el presupuesto referencial. Es por ello, que el presupuesto referencial debe necesariamente ser elaborado por la entidad contratante, incluyendo cálculos de probabilidad de reajuste de precios con la finalidad de que los valores que se destinen para la ejecución del referente proyecto, puedan satisfacerlo en su totalidad, incluyendo imprevistos.

Es por ello que el presupuesto referencial deberá contemplar todos los costes o gastos directos e indirectos de cuya suma se obtendrá un resultado el mismo que debe ser

directamente proporcional con el valor establecido en la certificación presupuestaria. A esta operación, se sumará la constante *n* por cuanto deberá considerarse un margen referencial de reajuste en virtud de los mismos criterios establecidos para calcular los gastos directos e indirectos sobre unidad de cálculo.

El Presupuesto Referencial estará compuesto por los siguientes criterios los cuales se detallan a continuación:

1.- Gastos Directos.- Son aquellos los cuales comprenden en definitiva, sueldos, salarios, cargas sociales, etc.

Los sueldos se calcular en virtud de la tabla referencial establecida por la entidad contratante.

Las cargas sociales se calcularán en virtud de los siguientes criterios:

- El Décimo Tercer Sueldo se calculará dividiendo la RMU sobre 12
- El Décimo Cuarto Sueldo se calculará dividiendo el DTS para 12
- La aportación patronal se calculará multiplicando el 20.5% por la RMU sobre cien.

2.- Gastos Indirectos.- Son aquellos los cuales comprenden en definitiva, arrendamientos, misceláneos, viáticos, subcontrataciones, etc.

El Presupuesto Referencial no podrá ser ni superior ni inferior al valor constante en la certificación presupuestaria ni éstos podrán diferir del valor consignado en la Convocatoria o Invitación. De existir inconsistencias valorativas en estos instrumentos, los servidores empresariales implicados y el representante legal serán responsables solidarios por el remanente, según el grado de responsabilidad establecido en el art. 54 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

c) LOS PLIEGOS:

Los pliegos deberán ser elaborados por la entidad contratante, para iniciar un procedimiento precontractual, observando en la medida de lo posible, las instrucciones establecidas por el INCOP. Los pliegos, son en definitiva, las instrucciones y elementos de referencia los mismos que regirán en la fase de prosecución de la etapa precontractual. Los pliegos, deberán ser aprobados por el representante legal, previo informe técnico de quien ha realizado los mismos. Los pliegos, deberán contemplar y prever las condiciones tanto técnicas, como económicas las mismas que combinadas, procuren garantizar “beneficio neto” a la entidad contratante, el mismo que puede

deducirse de la diferencia entre el valor de la obra, bien o servicio a contratarse y el resultado cotizado. Asimismo, aquellas condiciones tanto de orden técnicas como económicas, establecidas en los pliegos, deberán guardar estricta relación con los principios de eficiencia y celeridad que deben caracterizar de sobremanera la etapa de ejecución del objeto de la contratación, reflejando el egreso necesario por parte de la entidad contratante, para este fin. Independientemente de lo que pueda o no establecerse en los pliegos, debe considerarse que la entidad contratante, no aplicará mecanismos de desigualdad o desproporcionalidad. La desigualdad estará más que demostrada cuando la entidad contratante, aplique diferencias arbitrarias, infundadas y sin sustento cierto, claro y preciso para descalificar a un concursante determinado. Asimismo, la desigualdad se entiende, cuando la entidad contratante, actúa en beneficio de un concursante en específico y se comprueba específicamente cuando no existen los fundamentos técnicos suficientes que lo hagan idóneo a dicho concursante pero sin embargo la entidad contratante se inclina por aquél. La desproporcionalidad estará más que comprobada, cuando los valores consignados en la certificación presupuestaria no sea directamente proporcional al valor consignado en la invitación o convocatoria. La diferencia se constituye como hecho generador de perjuicios, por lo que, los servidores empresariales involucrados y el representante legal serán responsables solidarios por la diferencia, demostrándose de aquel modo, perjuicio económico a la entidad contratante, siendo susceptibles de sanción administrativa, de conformidad con lo que establece el art. 46 inciso segundo de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

Todos los oferentes, los mismos que obviamente se hallen inscritos en el RUP y en virtud de su portafolio de productos y servicios, sean personas naturales o jurídicas, podrán presentar sus ofertas, ya sea de manera individual, asociada o bajo la figura jurídica del consorcio. Por tanto, la entidad contratante, cuando pretenda motivar un proceso precontractual, podrá calificar a aquellos oferentes los mismos que cumplan estrictamente y no desprendan de lo que establece la ley y este párrafo. La participación de extranjeros, procede, específicamente cuando existe déficit de oferentes técnicamente competentes a nivel local y nacional. La incompetencia técnica se determina específicamente cuando por la complejidad técnica del objeto de la contratación, ningún oferente local o nacional participa en el concurso público o licitación, según el caso.

Los pliegos en definitiva, deberán contener todos aquellos criterios de orden técnico, legal y económico, así como los estudios o términos de referencia (según sea el caso),

presupuesto referencial, disponibilidad presupuestaria, condiciones generales y específicas de orden precontractual, modelo de contrato, etc, con la finalidad de que el oferente conozca la naturaleza de la contratación y presente su oferta, fundamentándose principalmente en lo que determinan los pliegos. Los pliegos son absolutamente gratuitos, por lo que la entidad contratante nada deberá percibir por esta causa. Sin embargo, el adjudicatario deberá cancelar un valor o derecho de reproducción de textos y edición de pliegos, el mismo que será fijado libremente por la entidad contratante. Los pliegos, son susceptibles de aclaración, para lo cual, la entidad contratante, deberá señalar un límite para preguntas y aclaraciones con la finalidad de que los oferentes puedan aclarar sus dudas y por ende, presentar adecuadamente sus ofertas. Si por dichas aclaraciones, se determinare la necesidad de modificar el contenido de los pliegos, se efectuarán los cambios previa aprobación del representante legal y los pliegos modificados, serán publicados a través del Portal de Compras Públicas. Es así que los pliegos, deberán establecer de por sí, los plazos y los procedimientos para la presentación de ofertas, preguntas, aclaraciones, calificación, negociación y adjudicación referentes al acto contractual que se procesa.

d) LAS NORMAS PROCESALES:

Para iniciar un procedimiento precontractual, habiendo observado las disposiciones anteriores, la entidad contratante deberá convocar a todas las personas naturales o jurídicas, en forma pública, con la finalidad de que puedan participar de los procedimientos precontractuales, sean por concurso público o licitación. El objeto de la contratación, el monto contractual y el plazo de ejecución, deberán ser establecidos en la Convocatoria o en la Invitación, en el caso de procedimientos por invitación directa y regímenes especiales. La Convocatoria procede específicamente cuando se ventilan procedimientos públicos, tales como concursos o licitaciones. La Invitación, procede específicamente cuando se ventilan procedimientos privados, tales como regímenes especiales o adjudicación directa. Es importante considerar que tanto el concurso público así como el proceso licitatorio, no deben considerarse como figuras contractuales sino más bien como procedimientos contractuales, al igual que la invitación directa y el régimen especial. Es importante señalar las siguientes consideraciones:

o PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN:

LA LICITACIÓN:

La licitación se define como un procedimiento a través del cual se convoca públicamente a todos los oferentes interesados, específicamente cuando el objeto de la contratación fuere, o bien ejecución de obras o en su defecto, cotizaciones.

La Licitación procede en los siguientes casos:

- Cuando es imposible la aplicación de procedimientos dinámicos o cuando se haya declarado desierto el procedimiento, siempre y cuando, el presupuesto referencial sea superior al valor resultante de multiplicar el 0,000015 por el presupuesto inicial del Estado.
- Cuando se pretendan adquirir bienes o contratar servicios no normalizados, exceptuando la consultoría, cuyo presupuesto referencial sea superior al valor resultante de multiplicar el coeficiente del 0,000015 por el presupuesto inicial del Estado.
- En el caso de ejecución de obras, específicamente cuando el presupuesto referencial sea superior al 0,00003 del presupuesto inicial del Estado.

Este proceso se desarrollará de la siguiente manera:

1.- Primeramente deben elaborarse los pliegos, estudios y diseños así el presupuesto referencial considerando que la Unidad Financiera debe expedir inmediatamente la certificación presupuestaria que sustancie el presupuesto referencial que se adjunta a los pliegos.

2.- El representante legal deberá expedir la Resolución correspondiente declarando la naturaleza del procedimiento.

3.- Posteriormente los pliegos que deberán contener los estudios, diseños, presupuesto referencial, modelo del contrato, certificación presupuestaria, condiciones generales y específicas, tanto de orden técnicas, legales y económicas, plazos y procedimientos para presentación de ofertas, preguntas, aclaraciones, calificaciones, negociación y adjudicación, deben ser aprobados por el representante legal, con la finalidad de que éste ordene inmediatamente la publicación de los mismos así como de la Convocatoria a través del Portal de Compras Públicas. En simultáneo, el representante legal o su delegado deberá expedir la correspondiente Resolución con la cual reformará el Plan Anual de Contrataciones, cuando así fuere el caso, es decir,

cuando la contratación no se hubiere previsto y por ende contemplado en el PAC. La Convocatoria, deberá contener el objeto del contrato, el plazo de ejecución y el valor contractual el mismo que debe guardar estrecha relación con el presupuesto referencial.

4.- Una vez, publicada la convocatoria, todos los oferentes interesados, los cuales, obviamente hayan recibido la convocatoria en su cuenta electrónica en el Portal de Compras Públicas, podrán descargar los pliegos y toda la documentación precontractual respectiva y por ende, presentar sus ofertas, en los plazos y horas señaladas en la Convocatoria y en los pliegos.

Hasta antes del plazo y hora predeterminados, los oferentes podrán solicitar aclaraciones de los pliegos, por medio de preguntas las mismas que deberán ser absueltas de manera inmediata por la entidad contratante a través del Portal de Compras Públicas. Fenecido el plazo y hora para las preguntas y aclaraciones, los oferentes tendrán el plazo establecido en la Convocatoria y en los pliegos para presentar sus ofertas.

Una vez presentadas las ofertas, tanto en medio físico como magnético o digital, la Comisión Técnica, cuyos miembros deberán ser designados previo al inicio de la fase precontractual por el representante legal, serán primeramente revisadas y analizadas, partiendo del criterio de cumplimiento de las formalidades exigidas en los pliegos para la presentación de las ofertas en razón de su contenido, por lo que, de existir alguna observación o inconsistencia en alguna de las ofertas o en todas ellas, la Comisión Técnica suscribe el Acta respectiva y manda al Secretario Ad-Hoc a notificar a los oferentes observados, con la finalidad de que éstos efectúen las convalidaciones que fueren del caso y nuevamente presenten sus ofertas respectivas.

Una vez efectuadas las convalidaciones respectivas, se procederá a calificar las ofertas técnicas y económicas de los oferentes, proceso que podrá ser sobrellevado, o bien por la Comisión Técnica o en su defecto por las Subcomisiones de Apoyo constituidas para el efecto quienes en los plazos señalados en la ley, presentarán su informe técnico, indicando el cuadro de prelación según la calificación obtenida por cada uno de los oferentes.

La Comisión Técnica, al momento de tener conocimiento del Cuadro Prelatorio, suscribirá el acta de calificación de ofertas técnicas y económicas, mandando al

Secretario Ad-Hoc, notificar a los interesados, en especial, al oferente que ha obtenido el mayor puntaje, con la finalidad de que en los plazos señalados en los pliegos, sostenga la sesión de negociación con la Comisión Técnica, de la cual se suscribirá el acta respectiva.

Si la negociación fracasare con el oferente de mayor puntaje, se mandará llamar a quien le seguía en puntaje con la finalidad de negociar y así sucesivamente. Si la negociación fuere infructífera con todos, el procedimiento se declarará desierto y se llamará a una nueva licitación.

Una vez efectuada la negociación, la Comisión Técnica suscribirá el acta respectiva e informará del proceso al Gerente General con la finalidad de que éste expida el auto de adjudicación del contrato al oferente ganador, quien deberá pagar un derecho adicional prefijado por la entidad contratante.

Adjudicado el contrato, se procederá a la suscripción del mismo y se otorgará el anticipo al contratista en los términos señalados en los pliegos y según el porcentaje establecido por la entidad contratante y deducido del valor del contrato.

Previo a la suscripción del contrato, el contratista deberá rendir las garantías correspondientes, es decir, tanto la de buen uso del anticipo así como la de fiel cumplimiento en los términos señalados en la ley. Una vez cumplidas estas formalidades, podrá iniciar la etapa contractual o de ejecución del contrato.

○ **CONTRATOS QUE SE AJUSTAN AL PRESENTE PROCEDIMIENTO:**

COTIZACIÓN.- La cotización es un régimen de contratación el mismo que consiste en escoger la oferta que resulte más favorable a los intereses de la entidad contratante. Las ofertas deberán ser presentadas por los proveedores los cuales se hallen debidamente inscritos en el RUP, en conformidad con lo que determinen los pliegos. Para la adjudicación de un contrato de cotización, deben aplicarse las disposiciones relativas a los procesos licitatorios. La cotización procede específicamente para la adquisición de bienes o servicios no normalizados comprendidos desde los 42564,12 hasta los 319230,93 y para el caso de obras, desde los 148974,43 hasta los 638461,86.

La cotización, para el caso de bienes y servicios normalizados, es procedente siempre y cuando se haya agotado el modo de Subasta Inversa Electrónica.

El proceso de cotización está conformado por seis pasos entre los cuales tenemos:

1.- Registro del Proceso de Contratación.- Se debe ingresar a la página del Portal de Compras Públicas y señalar la pestaña "Entidad Contratante" y luego "Nueva Contratación". Posteriormente debe registrarse el proceso de contratación

2.- Registro del Producto.- Se debe localizar el Clasificador Central de Productos, para lo cual, se señalará la pestaña "Buscar Producto". La entidad contratante, debe proceder a señalar el producto que requiere y automáticamente el Sistema le proporciona toda la información concerniente al producto que ha señalado. Sin embargo, la entidad contratante, debe complementar cierta información que se considera adicional, tales como unidad, cantidad, valor, características, por lo que, una vez, complementada tal información, se señala la pestaña "añadir", observando que el valor del presupuesto referencial sea equivalente al establecido en el Sistema.

3.- Parámetros de Calificación.- Son los criterios que tomará en consideración la entidad contratante con la finalidad de calificar las ofertas.

4.- Parámetros para el Sorteo.- Son los criterios que la entidad contratante aplicará con la finalidad de sortear y seleccionar a los proveedores resultantes de dicho proceso.

5.- Programación de Fechas.- Consiste en determinar los plazos y horas para cada fase del proceso.

6.- Anexos.- Consiste en adjuntar aquella información la misma que es de sustancial importancia para el proceso.

En lo demás, se observará lo establecido en el Manual establecido por el INCOP para cotización de bienes, productos y servicios. (Indicaciones Informáticas)

MENOR CUANTÍA PARA OBRAS.- Se podrá contratar bajo este sistema, cuando el objeto de esta clase de contrato, sea la ejecución de obras y cuyo presupuesto referencial sea inferior al valor resultante de multiplicar el coeficiente del 0,000007 por el Presupuesto Inicial del Estado. El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en su art. 59 establece que la contratación para menor cuantía, cuando fuere el caso específico de obras, la entidad contratante invitará a los proveedores más idóneos con el objeto de la contratación y requisitos señalados en los pliegos. La ley ni el reglamento, determinan un número exacto de

invitados pero se entiende que los proveedores que han de invitarse, necesariamente deben ser micro y pequeñas empresas, de conformidad con lo que establece el art. 52 de la LOSNCP.

CHECKLIST

1.- Información Básica del Proceso. La información básica deberá contener:

- 1.1.- Código del Proceso
- 1.2.- Objeto de la Contratación
- 1.3.- Descripción del Objeto de Contratación
- 1.4.- Dirección de la entidad contratante
- 1.5.- Tipo de Compra
- 1.6.- Palabras Claves
- 1.7.- Tipo de Contratación
- 1.8.- Presupuesto Referencial
- 1.9.- Partida Presupuestaria
- 1.10.- Formas de Pago
- 1.11.- Servidor encargado del proceso
- 1.12.- Derecho de Inscripción del Adjudicatario.

2.- Registro de Productos.- Se debe localizar el Clasificador Central de Productos, para lo cual, se señalará la pestaña "Buscar Producto". La entidad contratante, debe proceder a señalar el producto que requiere y automáticamente el Sistema le proporciona toda la información concerniente al producto que ha señalado. Sin embargo, la entidad contratante, debe complementar cierta información que se considera adicional, tales como unidad, cantidad, valor, características, por lo que, una vez, complementada tal información, se señala la pestaña "añadir", observando que el valor del presupuesto referencial sea equivalente al establecido en el Sistema.

3.- Parámetros de Calificación.- Son los criterios que tomará en consideración la entidad contratante con la finalidad de calificar las ofertas.

4.- Plazos y Fechas.- Consiste en determinar los plazos y horas para cada fase del proceso.

5.- Selección del Oferente.- Consiste en establecer el mecanismo que según el Portal de Compras Públicas es el adecuado para seleccionar a los oferentes que están debidamente inscritos en el RUP.

6.- Anexos.- Consiste en adjuntar aquella información la misma que es de sustancial importancia para el proceso.

○ **EL CONCURSO PÚBLICO:**

El Concurso Público se define como un procedimiento a través del cual se convoca públicamente a todos los oferentes interesados, preferentemente consultores, específicamente cuando el objeto de la contratación fuere la prestación de un servicio técnico.

El Concurso Público procede cuando el presupuesto referencial es igual o superior al valor resultante de multiplicar el coeficiente del 0,000015 por el presupuesto inicial del Estado, es decir, igual o superior a los 319230,93 USD.

Este proceso se desarrollará de la siguiente manera:

1.- Primeramente deben elaborarse los pliegos, términos de referencia así como el presupuesto referencial considerando que la Unidad Financiera debe expedir inmediatamente la certificación presupuestaria que sustancie el presupuesto referencial que se adjunta a los pliegos.

2.- El representante legal deberá expedir la Resolución correspondiente declarando la naturaleza del procedimiento.

3.- Posteriormente los pliegos que deberán contener los términos de referencia, presupuesto referencial, modelo del contrato, certificación presupuestaria, condiciones generales y específicas, tanto de orden técnicas, legales y económicas, plazos y procedimientos para presentación de ofertas, preguntas, aclaraciones, calificaciones, negociación y adjudicación, deben ser aprobados por el representante legal, con la finalidad de que éste ordene inmediatamente la publicación de los mismos así como de la Convocatoria a través del Portal de Compras Públicas.

En simultáneo, el representante legal o su delegado deberá expedir la correspondiente Resolución con la cual reformará el Plan Anual de Contrataciones, cuando así fuere el caso, es decir, cuando la contratación no se hubiere previsto y por ende contemplado en el PAC. La Convocatoria, deberá contener el objeto del contrato, el plazo de ejecución y el valor contractual el mismo que debe guardar estrecha relación con el presupuesto referencial.

3.- Una vez, publicada la convocatoria, todos los oferentes interesados, los cuales, obviamente hayan recibido la convocatoria en su cuenta electrónica en el Portal de Compras Públicas, podrán descargar los pliegos y toda la documentación precontractual respectiva y por ende, presentar sus ofertas, en los plazos y horas señaladas en la Convocatoria y en los pliegos.

Hasta antes del plazo y hora predeterminados, los oferentes podrán solicitar aclaraciones de los pliegos, por medio de preguntas las mismas que deberán ser absueltas de manera inmediata por la entidad contratante a través del Portal de Compras Públicas.

Fenecido el plazo y hora para las preguntas y aclaraciones, los oferentes tendrán el plazo establecido en la Convocatoria y en los pliegos para presentar sus ofertas. Una vez presentadas las ofertas, tanto en medio físico como magnético o digital, la Comisión Técnica, cuyos miembros deberán ser designados previo al inicio de la fase precontractual por el representante legal, serán primeramente revisadas y analizadas, partiendo del criterio de cumplimiento de las formalidades exigidas en los pliegos para la presentación de las ofertas en razón de su contenido, por lo que, de existir alguna observación o inconsistencia en alguna de las ofertas o en todas ellas, la Comisión Técnica suscribe el Acta respectiva y manda al Secretario Ad-Hoc a notificar a los oferentes observados, con la finalidad de que éstos efectúen las convalidaciones que fueren del caso y nuevamente presenten sus ofertas respectivas.

Una vez efectuadas las convalidaciones respectivas, se procederá a calificar las ofertas técnicas y económicas de los oferentes, proceso que podrá ser sobrellevado, o bien por la Comisión Técnica o en su defecto por las Subcomisiones de Apoyo constituidas para el efecto quienes en los plazos señalados en la ley, presentarán su informe técnico, indicando el cuadro de prelación según la calificación obtenida por cada uno de los oferentes.

La Comisión Técnica, al momento de tener conocimiento del Cuadro Prelatorio, suscribirá el acta de calificación de ofertas técnicas y económicas, mandando al Secretario Ad-Hoc, notificar a los interesados, en especial, al oferente que ha obtenido el mayor puntaje, con la finalidad de que en los plazos señalados en los pliegos, sostenga la sesión de negociación con la Comisión Técnica, de la cual se suscribirá el acta respectiva.

Si la negociación fracasare con el oferente de mayor puntaje, se mandará llamar a quien le seguía en puntaje con la finalidad de negociar y así sucesivamente. Si la negociación fuere infructífera con todos, el procedimiento se declarará desierto y se llamará a un nuevo concurso.

Una vez efectuada la negociación, la Comisión Técnica suscribirá el acta respectiva e informará del proceso al Gerente General con la finalidad de que éste expida el auto de adjudicación del contrato al oferente ganador, quien deberá pagar un derecho adicional prefijado por la entidad contratante.

Adjudicado el contrato, se procederá a la suscripción del mismo y se otorgará el anticipo al contratista en los términos señalados en los pliegos y según el porcentaje establecido por la entidad contratante y deducido del valor del contrato.

Previo a la suscripción del contrato, el contratista deberá rendir las garantías correspondientes, es decir, tanto la de buen uso del anticipo así como la de fiel cumplimiento en los términos señalados en la ley. Una vez cumplidas estas formalidades, podrá iniciar la etapa contractual o de ejecución del contrato.

- **CONTRATOS QUE SE AJUSTAN AL PRESENTE PROCEDIMIENTO**

CONSULTORÍA POR LISTA CORTA.- La entidad contratante escogerá e invitará a través del Portal de Compras Públicas a un máximo de 6 o mínimo de 3 consultores inscritos en el RUP, los mismos que deberán acreditar los requisitos establecidos en los Pliegos. La Consultoría por Lista Corta, procede cuando el presupuesto referencial es igual o superior al valor resultante de multiplicar el coeficiente del 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado que equivale a 42564,12 e inferior al valor resultante de multiplicar el coeficiente del 0,000015 por el Presupuesto Inicial del Estado, equivalente a 319230,93 USD. De no presentarse ninguna sola oferta o si las presentadas, hubieran sido rechazadas en su totalidad, la entidad contratante, podrá abrir un nuevo proceso de lista corta o en su defecto llamar a concurso público. El plazo que comprenda desde la presentación de las ofertas, calificación, negociación y adjudicación no podrá ser inferior a 10 ni mayor a 20 días, según lo establecido en la ley.

CHECKLIST (CREACIÓN DEL PROCESO)

Para sobrellevar un proceso de consultoría se deben observar los siguientes pasos que a continuación se detallan:

1.- Información Básica del Proceso. La información básica deberá contener:

1.1.- Código del Proceso

1.2.- Objeto de la Contratación

1.3.- Descripción del Objeto de Contratación

1.4.- Dirección de la entidad contratante

1.5.- Tipo de Compra

1.6.- Palabras Claves

1.7.- Tipo de Contratación

1.8.- Presupuesto Referencial

1.9.- Partida Presupuestaria

1.10.- Formas de Pago

1.11.- Servidor encargado del proceso

1.12.- Derecho de Inscripción del Adjudicatario.

2.- Registro de Productos.- Se debe localizar el Clasificador Central de Productos, para lo cual, se señalará la pestaña "Buscar Producto". La entidad contratante, debe proceder a señalar el producto que requiere y automáticamente el Sistema le proporciona toda la información concerniente al producto que ha señalado. Sin embargo, la entidad contratante, debe complementar cierta información que se considera adicional, tales como unidad, cantidad, valor, características, por lo que, una vez, complementada tal información, se señala la pestaña "añadir", observando que el valor del presupuesto referencial sea equivalente al establecido en el Sistema.

3.- Parámetros de Calificación.- Son los criterios que tomará en consideración la entidad contratante con la finalidad de calificar las ofertas.

4.- Plazos y Fechas.- Consiste en determinar los plazos y horas para cada fase del proceso.

5.- Selección del Oferente.- Consiste en establecer el mecanismo que según el Portal de Compras Públicas es el adecuado para seleccionar a los oferentes que están debidamente inscritos en el RUP.

6.- Anexos.- Consiste en adjuntar aquella información la misma que es de sustancial importancia para el proceso.

En lo demás, se observará lo establecido en el Manual establecido por el INCOP para Consultorías por Lista Corta. (Indicaciones Informáticas)

CONSULTORÍA POR CONCURSO PÚBLICO.- Los contratos de consultoría consisten en la prestación de un servicio el mismo que debe estar orientado a la elaboración, supervisión, fiscalización o evaluación de estudios, proyectos, asimismo, comprende aspectos tales como asistencia técnica, asesoramiento, tanto de orden técnico así como económico o jurídico, incluyendo en el campo informático.

Los contratos de consultoría podrán ser ejecutados únicamente por aquellas personas naturales o jurídicas reconocidas como consultores y que se encuentren inscritas en el Registro Único de Proveedores.

Para la contratación de consultorías, la entidad contratante deberá observar los principios de calidad y costo. Es así, que los consultores, al momento de presentar sus ofertas, deberán hacerlo en sobres separados, es decir, que en uno de ellos, deberá presentarse la oferta técnica y en el otro la oferta económica. A través de la oferta técnica, se mide la calidad y a través de la oferta económica, se medirá el costo.

Con la finalidad de garantizar igualdad en el procedimiento, cuando se convoque a un concurso público de consultoría, se efectuará para consultores de igual naturaleza, esto es, que deberá determinarse que clase o especie de consultores han de participar en el proceso de consultoría, sean personas naturales o jurídicas, etc, según los requerimientos de la entidad contratante. El criterio de calificación tanto de la oferta técnica como de la oferta económica será sobre 100 puntos cuya diferencia será el puntaje ponderado que determine el ganador. El puntaje mínimo ponderado será de 70 puntos en razón del criterio "costo", para lo cual se aplicará la siguiente ecuación fundamental:

$$PEI = 100 \times \frac{M}{M} + d$$

Donde:

PEI= Puntaje de Evaluación Económica del Oferente.

M= Promedio de las ofertas económicas presentadas por los oferentes.

d= Diferencia resultante de calcular el precio propuesto y el valor promedial M

El valor total ponderado de la propuesta técnico-económica del consultor, se calculará en virtud de la siguiente ecuación:

$$PTOI = V1 \times at + V2 \times \beta e$$

Donde:

PTOI= Costo Total del Oferente

α t= Puntaje de oferta técnica del oferente

β e= Puntaje de oferta económica del oferente

V1= Diferencial de ponderación para oferta técnica

V2= Diferencial de ponderación para oferta económica.

La suma de los diferenciales de ponderación deberá ser igual a 1, observándose las siguientes consideraciones:

$$0.80 \leq V1 \leq 0.90 \text{ peso oferta técnica}$$

$$0.20 \leq V2 \leq 0.10 \text{ peso oferta económica}$$

Aquellas ofertas las mismas que no alcanzaren el mínimo de 70 puntos serán rechazadas y por ende descalificadas.

CHECKLIST

Para sobrellevar un proceso de consultoría se deben observar los siguientes pasos que a continuación se detallan:

1.- Información Básica del Proceso. La información básica deberá contener:

1.1.- Código del Proceso

1.2.- Objeto de la Contratación

1.3.- Descripción del Objeto de Contratación

1.4.- Dirección de la entidad contratante

1.5.- Tipo de Compra

1.6.- Palabras Claves

1.7.- Tipo de Contratación

1.8.- Presupuesto Referencial

1.9.- Partida Presupuestaria

1.10.- Formas de Pago

1.11.- Servidor encargado del proceso

1.12.- Derecho de Inscripción del Adjudicatario.

2.- Registro de Productos.- Se debe localizar el Clasificador Central de Productos, para lo cual, se señalará la pestaña "Buscar Producto". La entidad contratante, debe

proceder a señalar el producto que requiere y automáticamente el Sistema le proporciona toda la información concerniente al producto que ha señalado. Sin embargo, la entidad contratante, debe complementar cierta información que se considera adicional, tales como unidad, cantidad, valor, características, por lo que, una vez, complementada tal información, se señala la pestaña "añadir", observando que el valor del presupuesto referencial sea equivalente al establecido en el Sistema.

3.- Parámetros de Calificación.- Son los criterios que tomará en consideración la entidad contratante con la finalidad de calificar las ofertas.

4.- Plazos y Fechas.- Consiste en determinar los plazos y horas para cada fase del proceso.

5.- Selección del Oferente.- Consiste en establecer el mecanismo que según el Portal de Compras Públicas es el adecuado para seleccionar a los oferentes que están debidamente inscritos en el RUP.

6.- Anexos.- Consiste en adjuntar aquella información la misma que es de sustancial importancia para el proceso.

En lo demás, se observará lo establecido en el Manual establecido por el INCOP para Concurso Público por Consultoría. (Indicaciones Informáticas)

○ **LA ADJUDICACIÓN DIRECTA**

Es un procedimiento a través del cual, se invita de manera directa a un consultor, proveedor o contratista con la finalidad de ejecute una obra, bien o servicio. La adjudicación directa procede en los siguientes casos:

1.- En casos de consultoría, cuando el presupuesto referencial es inferior al valor resultante de multiplicar el coeficiente del 0,000002 por el Presupuesto General del Estado.

2.- En los casos de menor cuantía, con excepción de aquellos cuyo objeto sea la ejecución de obras.

3.- En los casos de ínfima cuantía.

4.- En los casos de Régimen Especial.

El procedimiento comprende las siguientes reglas:

- 1.- Primeramente deben elaborarse los pliegos así como el presupuesto referencial considerando que la Unidad Financiera debe expedir inmediatamente la certificación presupuestaria que sustancie el presupuesto referencial que se adjunta a los pliegos.
- 2.- El representante legal deberá expedir la Resolución correspondiente declarando la naturaleza del procedimiento. Es decir, si es DIRECTO o ESPECIAL.
- 3.- Posteriormente los pliegos que deberán contener los Estudios o Términos de Referencia, (según el caso) presupuesto referencial, modelo del contrato, certificación presupuestaria, condiciones generales y específicas, tanto de orden técnicas, legales y económicas, plazos y procedimientos para presentación de ofertas, preguntas, aclaraciones, calificaciones, negociación y adjudicación, deben ser aprobados por el representante legal, con la finalidad de que éste ordene inmediatamente la publicación de los mismos así como la invitación través del Portal de Compras Públicas. En simultáneo, el representante legal o su delegado deberá expedir la correspondiente Resolución con la cual reformará el Plan Anual de Contrataciones, cuando así fuere el caso, es decir, cuando la contratación no se hubiere previsto y por ende contemplado en el PAC.

La Invitación, deberá contener el objeto del contrato, el plazo de ejecución y el valor contractual el mismo que debe guardar estrecha relación con el presupuesto referencial.

- 4.- Una vez, publicada la invitación, el contratista, consultor invitado podrá descargar los pliegos y toda la documentación precontractual respectiva y por ende, presentar su propuesta, en los plazos y horas señaladas en los pliegos y en la invitación. Hasta antes del plazo y hora predeterminados, el oferente invitado podrá solicitar aclaraciones de los pliegos, por medio de preguntas las mismas que deberán ser absueltas de manera inmediata por la entidad contratante a través del Portal de Compras Públicas.

Fenecido el plazo y hora para las preguntas y aclaraciones, el oferente invitado tendrá el plazo establecido en la Invitación y en los pliegos para presentar su oferta técnica y económica.

Una vez presentadas las ofertas, tanto en medio físico como magnético o digital, la Comisión Técnica, cuyos miembros deberán ser designados previo al inicio de la fase precontractual por el representante legal, serán primeramente revisadas y analizadas, partiendo del criterio de cumplimiento de las formalidades exigidas en los pliegos para

la presentación de la oferta técnica y económica, en razón de su contenido, por lo que, de existir alguna observación o inconsistencia en alguna de ellas, la Comisión Técnica suscribe el Acta respectiva y manda al Secretario Ad-Hoc a notificar al oferente invitado, con la finalidad de que efectúe las convalidaciones que fueren del caso y nuevamente presente su oferta técnica y económica. Una vez efectuadas las convalidaciones respectivas, se procederá a calificar la oferta técnica y económica del oferente invitado, proceso que podrá ser sobrellevado por la Comisión Técnica la misma que dejará constancia de lo actuado, suscribiendo el acta de calificación de las Ofertas, mandando al Secretario Ad-Hoc, notificar al oferente invitado, con la finalidad de que en los plazos señalados en los pliegos, sostenga la sesión de negociación con la Comisión Técnica, de la cual se suscribirá el acta respectiva. Si la negociación fracasare con el oferente invitado, se declarará desierto el proceso y se llamará a un nuevo proceso, considerando que podrá ser invitado el mismo contratista o consultor que participó en el proceso anterior.

Una vez efectuada la negociación y suscrita el acta de negociación respectiva, la Comisión Técnica informará del proceso al Gerente General con la finalidad de que éste expida el auto de adjudicación del contrato al oferente, quien deberá pagar un derecho adicional prefijado por la entidad contratante. Adjudicado el contrato, se procederá a la suscripción del mismo y se otorgará el anticipo al contratista en los términos señalados en los pliegos y según el porcentaje establecido por la entidad contratante y deducido del valor del contrato.

Previo a la suscripción del contrato, el contratista deberá rendir las garantías correspondientes, pero solamente la de buen uso del anticipo. Una vez cumplidas estas formalidades, podrá iniciar la etapa contractual o de ejecución del contrato.

○ **OBSERVACIONES ADICIONALES**

1. Toda resolución que declare un régimen especial deberá ser inmediatamente publicada a través del Portal de Compras Públicas en un término no mayor a cinco días contados desde su expedición.
2. Si el procedimiento de régimen especial no se hubiere publicado oportunamente en el Portal de Compras Públicas, el representante legal deberá publicar la información que fuere más relevante a través del Portal de Compras Públicas.

3. Las contrataciones especiales deberán identificarse como tales en el PAC, pero de ser imprevista, se deberá expedir la resolución reformativa del PAC que incluya el procedimiento especial.
4. Todas las contrataciones por régimen especial deberán estar directamente apegadas al giro del negocio de la entidad contratante, justificando naturalmente la imperiosa necesidad.

○ **CONTRATOS QUE SE AJUSTAN AL PRESENTE PROCEDIMIENTO**

CONSULTORÍA POR INVITACIÓN DIRECTA.- La entidad contratante puede contratar, servicios de consultoría, en forma directa, para lo cual, el representante legal, escogerá e invitará a un consultor debidamente inscrito en el RUP el cual reúna los requisitos establecidos en los pliegos. La consultoría por invitación directa procede cuando el presupuesto referencial es inferior al valor resultante de multiplicar el 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado, es decir, no mayor a 42564,12 USD. La entidad contratante, invitará al consultor que haya escogido así como le hará llegar los pliegos, términos de referencia, disponibilidad presupuestaria, etc así como los modelos de formularios con la finalidad de que pueda presentar su oferta tanto técnica como económica, en los plazos y horas señaladas en la invitación así como en los pliegos. El consultor invitado presentará su oferta técnica y económica, en dos sobres separados, tanto en digital así como en físico, en un término no mayor a 6 días contados desde la fecha de la invitación, considerando que la calificación, negociación y adjudicación del contrato, deberán desarrollarse en un término no menor a 3 días contados desde la recepción de la oferta técnica y económica. Si el consultor no acepta la invitación o fallare la negociación, la entidad contratante declarará desierto el procedimiento y resolverá el inicio de un nuevo proceso de contratación, considerando que puede invitar al mismo consultor, adoptando el mismo modo de contratación o en su defecto, puede adoptar otro proceso de contratación.

CHECKLIST (CREACIÓN DEL PROCESO).- Para sobrellevar un proceso de consultoría se deben observar los siguientes pasos que a continuación se detallan:

- 1.- Información Básica del Proceso. La información básica deberá contener:
 - 1.1.- Código del Proceso
 - 1.2.- Objeto de la Contratación
 - 1.3.- Descripción del Objeto de Contratación
 - 1.4.- Dirección de la entidad contratante
 - 1.5.- Tipo de Compra

1.6.- Palabras Claves

1.7.- Tipo de Contratación

1.8.- Presupuesto Referencial

1.9.- Partida Presupuestaria

1.10.- Formas de Pago

1.11.- Servidor encargado del proceso

1.12.- Derecho de Inscripción del Adjudicatario.

2.- Registro de Productos.- Se debe localizar el Clasificador Central de Productos, para lo cual, se señalará la pestaña "Buscar Producto". La entidad contratante, debe proceder a señalar el producto que requiere y automáticamente el Sistema le proporciona toda la información concerniente al producto que ha señalado. Sin embargo, la entidad contratante, debe complementar cierta información que se considera adicional, tales como unidad, cantidad, valor, características, por lo que, una vez, complementada tal información, se señala la pestaña "añadir", observando que el valor del presupuesto referencial sea equivalente al establecido en el Sistema.

3.- Parámetros de Calificación.- Son los criterios que tomará en consideración la entidad contratante con la finalidad de calificar las ofertas.

4.- Plazos y Fechas.- Consiste en determinar los plazos y horas para cada fase del proceso.

5.- Selección del Oferente.- Consiste en establecer el mecanismo que según el Portal de Compras Públicas es el adecuado para seleccionar a los oferentes que están debidamente inscritos en el RUP.

6.- Anexos.- Consiste en adjuntar aquella información la misma que es de sustancial importancia para el proceso.

En lo demás, se observará lo establecido en el Manual establecido por el INCOP para Consultorías por Invitación Directa. (Indicaciones Informáticas)

ÍNFIMA CUANTÍA.- Aquellas contrataciones relacionadas con la ejecución de obras, prestación de servicios o adquisición de bienes, consideradas de ínfima cuantía, son aquellas cuyo presupuesto referencial es inferior al valor resultante de multiplicar el coeficiente del 0,0000002 con el Presupuesto Inicial del Estado. La entidad contratante podrá seleccionar a un solo proveedor, considerando que no será requisito que esté inscrito y habilitado por el RUP. Esta clase de contrataciones se perfeccionarán mediante la emisión del respectivo comprobante de venta, una vez, cumplido el objeto del contrato. Independientemente de que sean inmediatos, no significa que se hallen

exonerados de un procedimiento precontractual tal como el que se ha establecido en esta sección.

CHECKLIST

Para sobrellevar un proceso de consultoría se deben observar los siguientes pasos que a continuación se detallan:

1.- Información Básica del Proceso. La información básica deberá contener:

1.1.- Código del Proceso

1.2.- Objeto de la Contratación

1.3.- Descripción del Objeto de Contratación

1.4.- Dirección de la entidad contratante

1.5.- Tipo de Compra

1.6.- Palabras Claves

1.7.- Tipo de Contratación

1.8.- Presupuesto Referencial

1.9.- Partida Presupuestaria

1.10.- Formas de Pago

1.11.- Servidor encargado del proceso

1.12.- Derecho de Inscripción del Adjudicatario.

2.- Registro de Productos.- Se debe localizar el Clasificador Central de Productos, para lo cual, se señalará la pestaña "Buscar Producto". La entidad contratante, debe proceder a señalar el producto que requiere y automáticamente el Sistema le proporciona toda la información concerniente al producto que ha señalado. Sin embargo, la entidad contratante, debe complementar cierta información que se considera adicional, tales como unidad, cantidad, valor, características, por lo que, una vez, complementada tal información, se señala la pestaña "añadir", observando que el valor del presupuesto referencial sea equivalente al establecido en el Sistema.

3.- Parámetros de Calificación.- Son los criterios que tomará en consideración la entidad contratante con la finalidad de calificar la oferta.

4.- Plazos y Fechas.- Consiste en determinar los plazos y horas para cada fase del proceso.

5.- Selección del Oferente.- Consiste en establecer el mecanismo que según el Portal de Compras Públicas es el adecuado para seleccionar a los oferentes que están debidamente inscritos en el RUP.

6.- Anexos.- Consiste en adjuntar aquella información la misma que es de sustancial importancia para el proceso.

MENOR CUANTÍA, CON EXCEPCIÓN DE LOS CONTRATOS DE EJECUCIÓN DE OBRA.- Aquellas contrataciones relativas a la adquisición de bienes o prestación de servicios, los mismos que sean superiores al valor resultante de multiplicar el 0,000002 por el Presupuesto Inicial del Estado, el representante legal de la entidad contratante invitará al proveedor que sea idóneo a los requisitos de los pliegos y al objeto de la contratación.

CHECKLIST.- Este procedimiento está comprendido por algunos pasos entre los cuales tenemos:

1.- Registro del Proceso de Contratación.

1.1.- Código del Proceso

1.2.- Objeto de la Contratación

1.3.- Descripción del Objeto de Contratación

1.4.- Dirección de la entidad contratante

1.5.- Tipo de Compra

1.6.- Palabras Claves

1.7.- Tipo de Contratación

1.8.- Presupuesto Referencial

1.9.- Partida Presupuestaria

1.10.- Formas de Pago

1.11.- Servidor encargado del proceso

1.12.- Derecho de Inscripción del Adjudicatario.

2.- Registro de Productos.- Se debe localizar el Clasificador Central de Productos, para lo cual, se señalará la pestaña "Buscar Producto". La entidad contratante, debe proceder a señalar el producto que requiere y automáticamente el Sistema le proporciona toda la información concerniente al producto que ha señalado. Sin embargo, la entidad contratante, debe complementar cierta información que se considera adicional, tales como unidad, cantidad, valor, características, por lo que, una vez, complementada tal información, se señala la pestaña "añadir", observando que el valor del presupuesto referencial sea equivalente al establecido en el Sistema.

3.- Registro de Parámetros de Calificación.- Son los criterios que tomará en consideración la entidad contratante con la finalidad de calificar la oferta.

4.- Registro de Parámetros de Inclusión.- La entidad contratante deberá aplicar aquellos criterios que permitan la inclusión de la pequeña y mediana empresa.

5.- Selección del Proveedor.- Consiste en establecer el mecanismo que según el Portal de Compras Públicas es el adecuado para seleccionar a los oferentes que están debidamente inscritos en el RUP.

6.- Programación de Fechas.- Consiste en determinar los plazos y horas para cada fase del proceso.

7.- Anexos.- Consiste en adjuntar aquella información la misma que es de sustancial importancia para el proceso.

En lo demás, se observará lo establecido en el Manual establecido por el INCOP para Contratos de Menor Cuantía de Bienes y Servicios. (Indicaciones Informáticas)

EMERGENCIA.- El Régimen de Emergencia se desarrolla específicamente cuando ha surgido un imprevisto causado por fuerza mayor o caso fortuito y por ende es imperativo contratar lo que se requiriere. El representante legal deberá, en la Resolución respectiva, establecer y describir las razones del imprevisto y por ende de la declaratoria de excepcionalidad. Sin embargo, la entidad contratante deberá garantizar que los estudios hayan sido satisfechos en su totalidad, so pena de sanción y responsabilidad a los servidores empresariales involucrados.

ESPECIALES.- Son aquellos que por mandato de la ley, son considerados especiales y que se deben a una necesidad organizacional o de desarrollo empresarial. Debe primar de sobremanera, la Resolución del representante legal en el sentido de justificar la excepcionalidad del contrato especial que se pretende suscribir.

- **PROCEDIMIENTOS ADICIONALES**

SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA.- La entidad contratante puede adquirir bienes muebles mediante la aplicación de este sistema de contratación. La Subasta Inversa Electrónica, procede, primariamente cuando el proceso de Compra por Catálogo ha fracasado o no es posible por el monto, y especialmente cuando el valor del contrato es superior al valor resultante de multiplicar el coeficiente del 0,0000002 por el Presupuesto Inicial del Estado. Cuando el monto es inferior, el representante legal, podrá invitar directamente al proveedor, aplicando las disposiciones que se detallarán a continuación. Este proceso, consiste en convocar públicamente a los proveedores de la localidad con la finalidad de que presenten sus ofertas técnicas y económicas las cuales deben ser directamente proporcionales con las exigencias de la entidad contratante en concordancia con el objeto de la contratación. Los proveedores

convocados tan solamente serán aquellos que se encuentren habilitados en el RUP. En el día y hora señalados en la Convocatoria, los proveedores participantes presentarán su oferta técnica la misma que será calificada por la Comisión Técnica cuyos miembros serán designados previo al procedimiento precontractual por el representante legal, y de lo cual, asentarán y suscribirán el acta de calificación respectiva, la misma que será notificada a todos los participantes. Obviamente que los proveedores seleccionados, serán aquellos los cuales cumplan con las condiciones establecidas en los pliegos. A los proveedores seleccionados se les consignará Códigos de Individualización, los mismos que permitan reconocer su identidad, tan solamente a la entidad contratante. La identidad de los proveedores, es absolutamente prohibida para terceros y para los participantes. El Acta de Calificación será puesta a conocimiento del representante legal con la finalidad de que disponga cuáles proveedores serán quienes presenten sus ofertas económicas iniciales a través del Portal de Compras Públicas, las cuales, deben ser inferiores al monto contemplado en la Convocatoria.

La Convocatoria a Subasta Inversa Electrónica deberá contener:

- 1.- El cronograma de preguntas y aclaraciones.
- 2.- Presupuesto Referencial.
- 3.- Fecha y hora en las cuales serán calificadas las ofertas técnicas.
- 4.- Período dentro del cual los proveedores seleccionados por el representante legal y debidamente notificados, pueden presentar sus ofertas económicas iniciales.
- 5.- Fecha y hora para las pujas.
- 6.- Fecha de adjudicación.

Las programaciones en cuanto a los plazos, podrán ser modificados, siempre y cuando, exista justificación motivada por parte de la entidad contratante constituida, quien publicará las modificaciones a través del Portal de Compras Públicas. Los proveedores seleccionados, serán notificados con la finalidad de que presenten sus ofertas económicas iniciales, una vez evacuada la fase de calificación de ofertas técnicas y selección, las mismas que deberán ser subidas al Portal de Compras Públicas, considerando que el proveedor, no deberá identificarse. El término entre la Convocatoria y la presentación de las ofertas económicas iniciales no podrá ser superior a 7 días. La oferta económica inicial presentada por el proveedor seleccionado, lo obligan a cumplir con lo que ofrece en caso de resultar adjudicatario.

Si el proveedor adjudicatario, no cumple con sus obligaciones, será sancionado de conformidad con lo que establece la LOSNCP y su reglamento.

La puja se desarrollará a través del Portal de Compras Públicas, en los días y horas señalados en la Convocatoria y en los pliegos. La duración de la puja no podrá ser inferior a 15 minutos ni mayor a 60 minutos y siempre debe estar tendiente a la baja en el precio. La Comisión Técnica dejará constancia de la puja, en el Informe de Resultados, el mismo que será elaborado por ella y publicado en el Portal de Compras Públicas. Una vez que haya fenecido el período de puja, el representante legal de la entidad contratante, adjudicará el contrato al mejor postor o declarará desierto el proceso, mediante Resolución. El procedimiento podrá ser declarado desierto, en los siguientes casos:

- 1.- Cuando se presentare una sola oferta técnica.
- 2.- Cuando todas las ofertas técnicas fueren descalificadas.
- 3.- Cuando se calificare una sola oferta económica
- 4.- Cuando el adjudicatario, fuere ajeno a los intereses de la entidad contratante.

ARRENDAMIENTO DE BIENES MUEBLES E INMUEBLES.- Para el arrendamiento de bienes inmuebles, la entidad contratante deberá elaborar los pliegos respectivos los mismos que deberá ser publicados en el Portal de Compras Públicas, los cuales deberán contener las características físicas del inmueble o mueble que se da en arriendo, el canon de arrendamiento, el plazo, etc.

La entidad contratante deberá publicar la Convocatoria respectiva a través del Portal de Compras Públicas, considerando que los participantes podrán ser inclusive aquellas personas naturales o jurídicas las cuales no estén inscritas y habilitas por el RUP.

Una vez publicada la Convocatoria, se procederá a receptor las ofertas técnicas y económicas con la finalidad de que sean calificadas por la Comisión Técnica, según los pliegos. De existir errores de presentación o de forma o fondo en las ofertas, se mandará a convalidar en los plazos señalados en los pliegos. Una vez efectuadas las convalidaciones, se procede a calificar las ofertas técnicas y económicas, de lo cual, se dejará constancia mediante un acta la misma que será suscrita por todos los miembros de la Comisión. En el proceso de calificación, la Comisión Técnica deberá elaborar el Cuadro Prelatorio el mismo que ordenará a los participantes en razón de su calificación. El de más alto puntaje, es el ganador del proceso. El Secretario Ad-Hoc,

comunicará a los participantes de los resultados, con la finalidad de que el participante con mayor puntaje concorra a la entidad contratante para la negociación. Si la negociación fallare, se llamará al participante que le seguía en puntaje al fallido y si persistiere esta tendencia hasta quedar sin participantes, la entidad contratante declarará desierto el procedimiento. Si la negociación no presentare novedad alguna, se asentará el Acta de Negociación respectiva, la misma que será suscrita por los miembros de la Comisión y el Participante. Una vez suscrita el Acta de Negociación, se procederá a la suscripción del contrato respectivo el mismo que será publicado el Portal de Compras Públicas. El Canon de Arrendamiento será el establecido por el mercado.

El mismo procedimiento se observará para el caso de arrendamientos de inmuebles y muebles, siendo la entidad contratante, arrendataria.

○ **PROCEDIMIENTOS ESPECIALES POR SELECCIÓN**

1.- Primeramente deben elaborarse los pliegos, estudios y diseños así como el presupuesto referencial considerando que la Unidad Financiera debe expedir inmediatamente la certificación presupuestaria que sustancie el presupuesto referencial que se adjunta a los pliegos.

2.- El representante legal debe expedir la Resolución a través de la cual declara especial el procedimiento.

3.- Posteriormente los pliegos que deberán contener los estudios, diseños, presupuesto referencial, modelo del contrato, certificación presupuestaria, condiciones generales y específicas, tanto de orden técnicas, legales y económicas, plazos y procedimientos para presentación de ofertas, preguntas, aclaraciones, calificaciones, negociación y adjudicación, deben ser aprobados por el representante legal, con la finalidad de que éste ordene inmediatamente la publicación de los mismos así como de la Convocatoria a través del Portal de Compras Públicas. En simultáneo, el representante legal o su delegado deberá expedir la correspondiente Resolución con la cual reformará el Plan Anual de Contrataciones, cuando así fuere el caso, es decir, cuando la contratación no se hubiere previsto y por ende contemplado en el PAC.

La Convocatoria, deberá contener el objeto del contrato, el plazo de ejecución y el valor contractual el mismo que debe guardar estrecha relación con el presupuesto referencial.

4.- Una vez, publicada la convocatoria, todos los oferentes interesados, los cuales, obviamente hayan recibido la convocatoria en su cuenta electrónica en el Portal de Compras Públicas, podrán descargar los pliegos y toda la documentación precontractual respectiva y por ende, presentar sus ofertas, en los plazos y horas señaladas en la Convocatoria.

Hasta antes del plazo y hora predeterminados, los oferentes podrán solicitar aclaraciones de los pliegos, por medio de preguntas las mismas que deberán ser absueltas de manera inmediata por la entidad contratante a través del Portal de Compras Públicas.

Fenecido el plazo y hora para las preguntas y aclaraciones, los oferentes tendrán el plazo establecido en la Convocatoria para presentar sus ofertas. Una vez presentadas las ofertas, tanto en medio físico como magnético o digital, la Comisión Técnica, cuyos miembros deberán ser designados previo al inicio de la fase precontractual por el representante legal, serán primeramente revisadas y analizadas, partiendo del criterio de cumplimiento de las formalidades exigidas en los pliegos para la presentación de las ofertas en razón de su contenido, por lo que, de existir alguna observación o inconsistencia en alguna de las ofertas o en todas ellas, la Comisión Técnica suscribe el Acta respectiva y manda al Secretario Ad-Hoc a notificar a los oferentes observados, con la finalidad de que éstos efectúen las convalidaciones que fueren del caso y nuevamente presenten sus ofertas respectivas. Una vez efectuadas las convalidaciones respectivas, se procederá a calificar las ofertas técnicas y económicas de los oferentes, proceso que podrá ser sobrellevado, o bien por la Comisión Técnica o en su defecto por las Subcomisiones de Apoyo constituidas para el efecto quienes en los plazos señalados en la ley, presentarán su informe técnico, indicando el cuadro de prelación según la calificación obtenida por cada uno de los oferentes.

La Comisión Técnica, al momento de tener conocimiento del Cuadro Prelatorio, suscribirá el acta de calificación de ofertas técnicas y económicas, mandando al Secretario Ad-Hoc, notificar a los interesados, en especial, al oferente que ha obtenido el mayor puntaje, con la finalidad de que en los plazos señalados en los pliegos, sostenga la sesión de negociación con la Comisión Técnica, de la cual se suscribirá el acta respectiva.

Si la negociación fracasare con el oferente de mayor puntaje, se mandará llamar a quien le seguía en puntaje con la finalidad de negociar y así sucesivamente. Si la negociación fuere infructífera con todos, el procedimiento se declarará desierto y se llamará a un nuevo procedimiento especial.

Una vez efectuada la negociación, la Comisión Técnica suscribirá el acta respectiva e informará del proceso al Gerente General con la finalidad de que éste expida el auto de adjudicación del contrato al oferente ganador, quien deberá pagar un derecho adicional prefijado por la entidad contratante.

Adjudicado el contrato, se procederá a la suscripción del mismo y se otorgará el anticipo al contratista en los términos señalados en los pliegos y según el porcentaje establecido por la entidad contratante y deducido del valor del contrato.

Previo a la suscripción del contrato, el contratista deberá rendir las garantías correspondientes, es decir, tanto la de buen uso del anticipo así como la de fiel cumplimiento en los términos señalados en la ley. Una vez cumplidas estas formalidades, podrá iniciar la etapa contractual o de ejecución del contrato.

CONSIDERACIONES ADICIONALES RESPECTO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO; SEGÚN LA LOSNCP:

- **Adjudicación.-** Una vez que haya sido superada la etapa de negociación o de puja, se procederá a la adjudicación del contrato. Todo contrato, sea de la naturaleza que fuere, será adjudicado mediante Resolución Administrativa debidamente motivada, en la cual se expondrán las razones técnicas y jurídicas por las cuales se ha adjudicado el contrato al oferente ganador. Esta resolución será publicada en el portal COMPRASPÚBLICAS y notificada al oferente ganador. De este acto administrativo, no cabrá impugnación alguna. No se admitirá otra clase de acto o hecho administrativo que el previsto en este artículo, para la adjudicación de un contrato.
- **Garantías.-** Una vez adjudicado el contrato, se procederá a exigir la rendición de las garantías correspondientes al adjudicatario. Las garantías podrán ser:

1.- Por fiel cumplimiento.

2.- Por anticipo.

3.- Técnica.

Toda garantía podrá rendirse en las modalidades previstas en el Art. 73 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Éstas son:

1.- Garantía bancaria legalmente otorgada por un banco o institución financiera nacional.

2.- Seguros de Fianza legalmente constituidos con una aseguradora nacional o extranjera.

3.- Garantía Hipotecaria, hasta por el 60% del valor del inmueble.

4.- Garantías Fiduciarias legalmente constituidas, que comprendan acciones, participaciones, papeles estatales de crédito, bonos estatales, cédulas hipotecarias, notas de crédito tributario, instrumentos de crédito, etc, debidamente titularizados en las Bolsas de Valores del País. Los títulos fiduciarios de orden público, serán certificados por el Banco Central del Ecuador. Los títulos fiduciarios privados, serán certificados por el Consejo Nacional de Valores.

5.- Pólizas de Depósitos a Largo Plazo debidamente certificadas y legalmente constituidas en el país o en el extranjero.

La prevista en el numeral 1 de este artículo, será exigible para todos aquellos contratos, cuyo presupuesto referencial supere el 0.000003 del MPIE. En tal virtud, aquellos contratos, incluyendo los de ínfima cuantía, compras por catálogos y subasta inversa directa (PRC< 0.0000002 del MPIE), no será necesaria la rendición de esta garantía, so pena de responsabilidad civil, penal y administrativa que corresponda a la máxima autoridad de la entidad contratante, por el supuesto no consentido de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista. La decisión de exigir la garantía de fiel cumplimiento será de exclusiva responsabilidad de la máxima autoridad, en virtud de que, no habrá perjuicio legal ni existe impedimento jurídico alguno, que sancione la constitución de esta especie de garantía en procedimientos de contratación excluidos de aquella. De no exigirse la garantía de fiel cumplimiento, se incorporará de manera obligatoria en el contrato, una cláusula de responsabilidad ulterior, en la que se sancionará

civil y penalmente al contratista, por cualquier incumplimiento que derive en perjuicio económico al Estado o perjuicio institucional en su sentido natural y obvio. La penalización civil comprenderá la indemnización de daños y perjuicios y la sanción penal, comprenderá la presunta comisión de un delito en contra de la entidad contratante. La garantía de fiel cumplimiento, se rendirá por el 5% del PRC, entendiéndose por tal resultado, el monto asegurado. Esta garantía deberá constituirse a la firma del contrato, caso contrario, se entenderá por no válida, sin perjuicio de las responsabilidades del caso. Esta garantía se efectivizará o será ejecutada cuando el contratista haya incumplido con sus obligaciones contractuales estipuladas en el contrato.

La prevista en el numeral 2 de este artículo, será exigible para todos los contratos que prevean la entrega de anticipo como forma de pago, salvo aquellos que prevean la adquisición de bienes o de ínfima cuantía o prestación de servicios, que sean a contra-entrega, a menos que en ellos se haya establecido esta forma de pago. La garantía o suma asegurada cubrirá el valor que resulte de multiplicar el coeficiente del anticipo dado en porcentaje por el PRC, dividido para cien. Esta garantía deberá ser rendida hasta antes de la fecha de suscripción del contrato o en su defecto, hasta antes de la fecha prevista para la entrega del anticipo, bajo prevenciones de ley.

Esta garantía se ejecutará cuando el contratista, previa justificación legal, técnica y económica, no haya amortizado el valor del anticipo para satisfacer sus obligaciones contractuales. En tal virtud, el valor del anticipo se amortizará en la medida de ejecución del objeto contractual, tal es el caso, que si se confiere un anticipo del 50%, hasta la fecha prevista en el cronograma de trabajo, el objeto del contrato deberá reflejar un grado de avance de hasta el 50%. Es así que en aquellos contratos que prevean esta modalidad de pago, se coordinará el avance del objeto contractual con el porcentaje del anticipo concedido, en el sentido expuesto en la analogía antes referida. Velará por el estricto cumplimiento de esta disposición tanto la Comisión Técnica, al momento de verificar el cronograma de trabajo en proporción al porcentaje de anticipo por concederse como la Administración del Contrato en cuanto al cumplimiento del cronograma de trabajo en los porcentajes de avance "*obra-anticipo*" que se haya contemplado y pactado entre las partes. La prima asegurable de la póliza que asegure el anticipo disminuirá en la medida de cómo se amortice, justificadamente el anticipo, tal es así, que la prima disminuye en proporción a la amortización del valor del anticipo.

El anticipo podrá rendirse hasta por el 100% del PRC, siempre y cuando, se haya establecido tal modalidad de pago.

La prevista en el numeral 3 de este artículo, avalará la debida y exigible calidad de la cual deban disponer los materiales, equipos, repuestos o cualquier especie de bien principal o accesorio para su debido y óptimo funcionamiento, sean éstos, proveídos o instalados. La garantía técnica podrá rendirse, bien por el fabricante, vendedor, proveedor, etc; so pena de la penalización civil al contratista, por perjuicio, la cual deberán ser formalizada mediante escritura pública o cualquier otro medio legalmente reconocido o en su defecto, mediante cualquier otra modalidad constitutiva prevista en el Art. 73 de la LOSNCP por el valor del insumo instalado o proveído. La garantía técnica, tendrá un lapso de supervivencia, mínimo de dos años, siendo superior para el caso de bienes cuya adquisición haya sido superior al 0.000015 (subasta inversa) o 0.00003 (licitación de bienes), del Presupuesto Inicial del Estado. Se efectivizará esta garantía, toda vez que los insumos proveídos o instalados, se hayan deteriorado o destruido o simplemente sea imposible su óptimo funcionamiento, por vicios o embarazos internos o propios de los bienes, sin que haya intervenido para ello, la entidad contratante. La garantía técnica, aun cuando se haya celebrado el acta de entrega recepción del bien, se efectivizará, siempre y cuando, el suceso negativo se haya producido dentro del tiempo de vigencia de la garantía, la misma que deberá renovarse antes del término de cinco días a su caducidad.

Si las garantías son de aquellas que se han constituido mediante pólizas o seguros de fianza, la aseguradora pagará a la entidad contratante, la suma asegurada, en el término de cuarenta y ocho horas improrrogables a partir de la fecha en que el asegurado haya solicitado la ejecución en los términos previstos en el Art. 42 inciso primero de la Ley de Seguros. Este mismo procedimiento se aplicará en los casos de garantía bancaria, fiduciaria o real. De existir negativa de la aseguradora o afianzadora, la entidad contratante acudirá a las instancias legales que correspondan. Entiéndase que toda garantía real, fiduciaria, etc, se podrá conceder mediante póliza a favor de terceros, por tratarse de un seguro general, o por escritura pública debidamente inscrita en el competente Registro. Tratándose de garantías reales, en el Registro de la Propiedad y tratándose de títulos valores privados, en el Registro del Mercado de Valores controlado por el Consejo Nacional de Valores y en los sistemas de Registro de las Bolsas de Valores del País. En tratándose de títulos fiduciarios públicos, en el Sistema de

Registro controlado por el Banco Central. Toda modalidad de garantía, deberá preferirse por su pureza, liquidez e índice de aceleración del cobro. Las garantías deberán renovarse hasta antes de cinco días término para su vencimiento. El incumplimiento en la renovación de las garantías, por parte del contratista, será causal de terminación anticipada y unilateral del contrato. La entidad contratante exigirá al contratista y a la aseguradora, la renovación oportuna de las garantías, para efectos de ley. Toda vez que las condiciones jurídicas que justifican la existencia de las garantías que anteceden, hayan fenecido o desaparecido, a satisfacción de la entidad contratante o por decisión judicial, se devolverán al contratista, esto es, se revocarán, rescindiéndose los compromisos de fianza o pólizas suscritos entre el contratista y la aseguradora, particular que será comunicado a la entidad contratante oportunamente, siendo ésta a la vez, la que previo a este resultado, deba informar a la aseguradora sobre la necesidad de revocar la póliza constituida. En este mismo sentido, se informarán a los otros organismos del Estado, según la naturaleza de la garantía que ha sido constituida. En el caso de títulos valores privados, para su constitución como garantías, se informará, no solamente al Consejo Nacional de Valores y a la Bolsa de Valores del país o internacional en los que se encuentren dichas fiducias, sino que también, se informará a la emisora de las mismas. En este sentido, complementétese lo dispuesto en líneas anteriores, respecto de esta disposición. Asimismo, se informarán a estos organismos, por parte de la entidad contratante, sobre la decisión de revocar las garantías que pesan sobre aquellos, en conformidad con la ley.

Ninguna garantía podrá ser subrogada o endosada a terceros bajo modalidad alguna.

- **Designación del Administrador.-** Previo a la suscripción del contrato, la máxima autoridad de la entidad contratante designará, mediante acto de simple administración, al Administrador del Contrato, en conformidad con el Art. 70 de la LOSNCP. Sus funciones y responsabilidades serán las previstas en la ley y este instructivo.
- **Verificación de idoneidad legal.-** Previo a la suscripción del contrato, el Encargado del Proceso, según el primer acto administrativo expedido, verificará si el adjudicatario incurre o no en alguna de las inhabilidades previstas en los Arts. 62 y 63 de la LOSNCP en concordancia con los Arts. 110 y 111 del RGLOSNCP. Al respecto, informará a la máxima autoridad de la entidad contratante y tal

informe será incorporado al expediente contractual, todo esto, en conformidad con lo previsto en el Art. 113 inciso segundo del RGLOSNCP.

- **Formalización del contrato.-** Todo contrato será formalizado mediante escritura pública, debidamente protocolizado, salvo aquellos actos contractuales, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0.0000002 del Presupuesto Inicial del Estado, respecto de los cuales, bastará la suscripción del contrato como tal, sin otra formalidad alguna. En aquellos regímenes de contratación que según la ley, no prevean la suscripción de un contrato, se formalizará en las formas previstas en el Art. 69 de la LOSNCP, sin perjuicio de que se suscriban los contratos correspondientes y se protocolicen. Entiéndase que los gastos de formalización, vía notarial, correrán a cargo del contratista. En los contratos de arrendamiento o adquisición de bienes inmuebles y muebles respectivamente, éstos se reducirán a escrito y en consecuencia, serán protocolizados e inscritos en el competente registro u organismo estatal o judicial correspondiente. Esta disposición se aplicará, observando los principios de diligencia, eficiencia y control previstos en las leyes correspondientes.

- **NORMAS COMUNES A LOS OFERENTES**

- A) Consorcios y Asociaciones.-** Todo oferente, sea persona natural o jurídica o consorcio, deberá acreditar su idoneidad legal. Esto es, que si una persona natural, actúa en tal calidad, deberá estar habilitada en el RUP y RUC respectivamente, en la referida condición jurídica. Igual principio para una persona jurídica. En los pliegos, en el marco de la oferta técnica, se exigirán todos los documentos necesarios que justifiquen la capacidad legal del oferente. Si un oferente participare en un procedimiento de contratación en calidad de CONSORCIO O ASOCIACIÓN, éste deberá estar debidamente formalizado, mediante escritura pública de asociación o consorcio. Entiéndase que CONSORCIO y ASOCIACIÓN son dos criterios completamente diferentes entre sí. Dígase por CONSORCIO, desde el punto de vista de la contratación pública, la coalición o convenio forjado entre dos o más oferentes para la formulación de una propuesta dentro de un procedimiento de contratación pública en concreto. Dígase por ASOCIACIÓN, desde el punto de vista de la contratación pública, la alianza de carácter estratégica conformada por los miembros del consorcio ganador, es decir, que la asociación es quien se reputa como contratista y en consecuencia, ejecuta el objeto del contrato. En ambos casos, se designará un procurador común, sea en la misma escritura

pública de constitución del consorcio o en su defecto, mediante instrumento público diferenciado.

B) Igualdad y Oportunidad para los oferentes.- Toda convocatoria o invitación general para un procedimiento de contratación en concreto, deberá practicarse para proveedores de la misma especie. En consecuencia, de invitarse a personas naturales, todos los participantes del concurso, serán personas naturales y de ser personas jurídicas, todos los participantes serán personas jurídicas, todo esto, en virtud del principio de igualdad y oportunidad previsto en el Art. 4 de la LOSNCP.

C) Obligación del RUP.- Todo oferente que intervenga en un procedimiento de contratación, sea cual fuere, deberá disponer del RUP respectivo, sobre todo, con la finalidad de cumplir a satisfacción lo previsto en el Art. 46 de este instructivo.

D) Cancelación del procedimiento.- Todo procedimiento precontractual podrá ser cancelado, dentro del término previsto en el Art. 34 de la LOSNCP o aún hasta antes de la suscripción del contrato, en los siguientes casos:

1.- Cuando la necesidad institucional haya sido subsanada o haya dejado de persistir.

2.- Reformas sustanciales a los pliegos o al procedimiento precontractual.

3.- Omisión de solemnidades sustanciales del procedimiento precontractual.

Por la primera, entiéndase por necesidad institucional, la razón, motivo o circunstancia técnica, legal o económica por la cual, se requiere de la contratación que prevea la ejecución de una obra, la adquisición de un bien o la prestación de un servicio. La necesidad institucional deberá estar debidamente motivada y fundamentada en el PAC y razonada en el primer acto administrativo del proceso. Sin embargo, toda necesidad institucional puede ser subsanada o dejar de persistir. Se entenderá por necesidad subsanada, aquella que haya sido satisfecha en su oportunidad por la entidad contratante. En la Resolución Administrativa de Cancelación, se razonarán las circunstancias por las cuales la necesidad ha sido subsanada. La necesidad institucional, se dará por no persistida, cuando, a criterio razonado y motivado de la máxima autoridad de la

entidad contratante, no procede la contratación, es así, que la imposibilidad de obtención de recursos futuros, la falta de aprobación de los pliegos y documentación precontractual u otras causas equivalentes, se tendrán por circunstancias justificantes de la cancelación por este criterio.

Por la segunda, entiéndase por reforma sustancial, todo cambio o modificación fundamental o de fondo de los pliegos o en su defecto, del procedimiento precontractual. Serán circunstancias aceptables de “*reforma sustancial*”:

1.- Por los pliegos:

1.1.- Reforma del objeto de contratación.

1.2.- Reforma de los criterios de calificación.

1.3.- Reforma de las especificaciones técnicas o estudios.

1.4.- Reforma del presupuesto, siempre y cuando, modifique el coeficiente de contratación inicialmente aceptado.

1.5.- Reforma de las Condiciones Específicas de los pliegos.

1.6.- Las demás que modifiquen o desvíen la proyección inicial de los pliegos.

2.- Por el procedimiento precontractual

2.1.- Reforma del régimen de contratación.

Cada una de ellas, deberá exponerse motivadamente en la Resolución de Cancelación.

Por la tercera, entiéndase por “*omisión de formalidades sustanciales*”, el incumplimiento de las estaciones o estadios procesales que componen a cada régimen de contratación, en virtud de su naturaleza prevista en la LOSNCP y su Reglamento General y siempre y cuando, tal omisión, influya o pueda influir en la resolución del mismo.

Son omisiones de carácter sustancial:

- 1.- Errores de fondo e insubsanables en los documentos precontractuales tales como estudios, especificaciones técnicas, diseños, proyectos, presupuestos, etc.
- 2.- Errores de fondo o falta de motivación en los actos administrativos inherentes al procedimiento de contratación que se ventila.
- 3.- Objeto de contratación, imposible en su aplicación.
- 4.- Falta de notificación a los oferentes, de los actos referentes a; convalidación de errores de forma, modificación de los pliegos, etc.
- 5.- Convocar a un procedimiento precontractual equívoco, en razón de los coeficientes de contratación.
- 6.- Pérdida de presupuesto, por concepto de desvío, tergiversación o disolución irresoluta de los fondos públicos destinados a la contratación.
- 7.- Las demás que se constituyan como omisión sustancial del procedimiento precontractual en conformidad con la ley.

Cada una de ellas, deberá exponerse motivadamente en la Resolución de Cancelación.

La falta de motivación de la resolución de cancelación o la omisión de sus requisitos fundamentales, será susceptible de nulidad y podrá ser impugnada en sede administrativa o judicial.

E) Declaratoria de Procedimiento Desierto, Nulidad de Trámite y Nulidad de Contrato.- La declaratoria de procedimiento desierto, entendida por tal, la suspensión definitiva del procedimiento por la falta de concurrencia de solemnidades no sustanciales y sustanciales aplicables al procedimiento precontractual y que están comprendidos fuera del término previsto para aquellas que correspondan, en su perfeccionamiento, a la cancelación del procedimiento precontractual, admitirá que la máxima autoridad, declare desierto el procedimiento por causas solemnes al procedimiento, en la que, estará implícita la nulidad del trámite administrativo, según las leyes que

regulan la administración pública. Son causales para declarar un *procedimiento desierto simple*:

- 1.- Por no haberse presentado ninguna sola oferta.
- 2.- Por haberse presentado varias ofertas y todas ellas hubieren resultado descalificadas.
- 3.- Por haberse presentado una sola oferta y ésta, resultar fallida.
- 4.- Por falta de suscripción del contrato por la entidad contratante o por el contratista, en el término previsto en la ley para tal efecto.
- 5.- Cuando la oferta o las ofertas contravengan a los intereses institucionales, sea por razones técnicas, jurídicas o económicas.

Son causas para la declaratoria de *procedimiento desierto complejo* o por *nulidad de trámite*:

- 1.- Por incompetencia de la máxima autoridad en cada una de las actuaciones del procedimiento precontractual, ocasionando su nulidad inminente e insubsanable.
- 2.- Como excepción al numeral 2 del inciso anterior, por la falta de notificación al oferente ganador, respecto de la resolución de adjudicación, siempre y cuando, tal omisión le haya inducido a que no suscriba el contrato en el término de quince días contados a partir de la fecha de adjudicación del contrato y se tenga por adjudicatario fallido.
- 3.- Por no haberse constituido las garantías de ley dentro del término previsto para la suscripción del contrato.
- 4.- Por resultar inhábil el adjudicatario dentro del término de ley previsto para la suscripción del contrato y siempre y cuando, tal omisión sea insubsanable.
- 5.- Por evidente error técnico en el proceso de calificación de las ofertas, lo que invalida a todas ellas, incluyendo la oferta ganadora.

Diferénciese nulidad del procedimiento precontractual entendido como trámite administrativo, con la relativa al contrato. La *nulidad del contrato* opera en las siguientes circunstancias:

- 1.- Falta de capacidad legal de los suscribientes.
- 2.- Vicios de consentimiento por error, fuerza o dolo.
- 3.- Inexistencia de causa lícita o por causa imposible.
- 4.- Inexistencia de objeto lícito o por objeto imposible en su aplicación.
- 5.- Cuando ha sido el resultado de un procedimiento precontractual evidentemente nulo.
- 6.- Por vicios ocultos o errores insubsanables en el contenido, que hacen su aplicación, imposible para las partes o para una de ellas.
- 7.- Por la omisión, en la especie, de los requisitos generales para los contratos, prevista en el Art. 68 de la LOSNCP.
- 8.- Por las demás causas establecidas en la ley.

La declaratoria de procedimiento desierto, será motivada y en consecuencia, se razonarán jurídicamente sus motivos, bajo prevenciones de ley. Esta resolución será notificada al o a los oferentes o al oferente ganador, según sea el caso, para que surta los efectos legales respectivos. Por la declaratoria del procedimiento desierto, procederá la nulidad del trámite, en los casos señalados en incisos y numerales anteriores.

F) Requisitos del Contrato.- Son requisitos esenciales y formales para los contratos en general:

- 1.- Capacidad de quien suscribe por la entidad contratante.
- 2.- Capacidad del adjudicatario.
- 3.- Disponibilidad presupuestaria presente o futura.

4.- Formalización del contrato.

Por la primera, entiéndase por *capacidad de la máxima autoridad de la entidad contratante*, la competencia, idoneidad o aptitud legal, de la cual dispone el máximo personero, para suscribir el acto contractual. La competencia será extrínseca o intrínseca. La competencia es extrínseca cuando radica en la posición de quien suscribe, dentro de la organización, es decir, cuando se reputa como máximo personero de la misma. Esta norma se aplicará también para quien ostenta la calidad de delegado. En consecuencia, el delegado para la suscripción de un contrato tendrá competencia, siempre y cuando, el acto de designación se encuentre ejecutoriado por el ministerio de la ley. No habrá esta clase de competencia, cuando la delegación sea nula o imposible o en su defecto cuando quien suscribe el contrato por la entidad contratante, no es competente para ello, en razón de la posición que ocupa en la organización o por falta de designación. Entiéndase que la delegación y la designación, en la especie, son conceptos heterogéneos. Tal es así, que la designación, es la nominación de una persona natural, para que ocupe el más alto cargo dentro de la organización, la delegación en cambio, es el acto por el cual, la máxima autoridad designada, transfiere facultades para tal o cual acto que le correspondería o corresponde ejercer, por mandato de la ley. Cuando exista conflicto de competencia extrínseca, se subsanará aquella, emanando el acto administrativo que corresponda y en el cual se ordene expresamente la suscripción del contrato, sea por delegación, por designación, o en su defecto, por disposición expresa al máximo personero que le compete la suscripción del contrato en razón del vínculo de pertenencia que sostenga con la entidad contratante. La delegación se anula cuando el delegante es inhábil para suscribir el acto contractual. La competencia es intrínseca, cuando radica en la condición legal de la persona que ejerce la representación legal de la entidad en proporción jurídicamente determinada, al adjudicatario. Es así, que si el máximo personero, incurre en una de las inhabilidades previstas en la ley, respecto del adjudicatario, el contrato no podrá suscribirse por causas imputables a ambas partes, y en consecuencia, se declarará desierto el procedimiento precontractual. Toda inhabilidad engendrada por la máxima autoridad, respecto del adjudicatario, se entiende por tal como aquella, la misma que nace de una condición jurídica que desvía ineluctablemente, el razonamiento moral y el compromiso legal de la autoridad para con el oferente o adjudicatario y para con la entidad que representa, en su orden, condiciones que generalmente comprenden,

relaciones de carácter familiar, social o económico. Toda inhabilidad que se impute al máximo personero de la entidad contratante, desembocará en incapacidad legal para contratar y obligarse en representación de la entidad que representa. Esta clase de capacidad es circunstancialmente de orden legal.

Por la segunda, entiéndase por *capacidad del adjudicatario*, la competencia legal, técnica y económica de aquél, para contratar, obligarse y asumir el cumplimiento de las obligaciones contractuales que le correspondan y que se encuentran expresamente contenidas en el contrato y supletoriamente en la ley, garantizando eficiencia, eficacia y calidad en el ejercicio del objeto contractual. La competencia o capacidad legal del adjudicatario, podrá ser objetiva primaria o secundaria o subjetiva. Será objetiva primaria, cuando el adjudicatario no incurra en ninguna de las inhabilidades previstas en la ley, esto es, cuando no mantenga relaciones sociales, familiares o económicas con el máximo personero de la entidad contratante. Será objetiva secundaria, cuando el adjudicatario no asuma condiciones unilaterales de abstención, previstas como inhabilidades según la ley, tal es así, que el oferente, al momento de participar en el procedimiento precontractual o suscribir el contrato, no deberá acreditarse ciertas condiciones o limitaciones tales como, ostentar cargos públicos, sean de elección popular o de libre nombramiento y remoción, etc, caso contrario, será inhábil para suscribir el contrato. Será subjetiva, cuando el oferente, no acredita capacidad legal respecto de sí mismo, tal es el caso como cuando una persona natural o jurídica, no dispone del RUC, RUP o certificado de existencia legal, o cuando existen en ellas, *falta de concordancia*, o como cuando el representante legal de una persona jurídica, no acredita tal condición, y en sentido general, todas aquellas causas por las cuales, el oferente pierde su capacidad legal para contratar y obligarse con el Estado. Entiéndase por *falta de concordancia*, cuando los documentos habilitantes que acreditan la capacidad legal del oferente, en su contenido, no concuerdan con el objeto del contrato o con la información consignada por el oferente en su oferta (formularios). Esta última, solo podrá materializarse en la etapa de calificación lo que equivaldrá a rechazar la oferta que incurra en esta omisión. Entiéndase por capacidad técnica, como los insumos físicos e intelectuales, de los cuales dispone el oferente para el debido cumplimiento del objeto contractual. Tal es así, que un insumo físico puede ser una maquinaria o un equipo y un insumo intelectual o técnico, puede ser un diseño, un estudio, un plan de desarrollo del objeto de la contratación, experiencia en proyectos o trabajos similares, etc. Estos insumos, serán acreditados documentalmente por el oferente, al momento de formular su

oferta técnica, y cada uno será cuantificable, es más, serán considerados como criterios de calificación, de ser el caso, en especial, en aquellos contratos los mismos que prevean la elaboración de cuadros de prelación para eventual negociación. Entiéndase por capacidad económica, como aquellas acreditaciones que justifican la sostenibilidad financiera del oferente, durante la ejecución del contrato. Es así, que el oferente deberá demostrar, mediante cualquier documento bancario o no bancario, su disponibilidad financiera, tales como estados de pérdidas y ganancias del último ejercicio fiscal, balances de situación, estados de cuenta bancaria, etc; todos estos debidamente acreditados o cualquier otra forma de demostrar su sostenibilidad financiera, tal es así que los oferentes, deberán estar acreditados, bien por la SIC para el caso de personas jurídicas, o bien por el SRI en el caso de personas naturales. Estos documentos se entenderán por no bancarios, más los estados de cuenta corriente, pólizas de depósito, etc, se entenderán como documentos bancarios, que ciertamente justifican la capacidad económica del oferente para ejecutar el objeto contractual, sin contratiempos de este carácter. Para efectos de este instructivo, téngase como bancarios-fiduciarios, cuentas de negocio conjunto, cédulas hipotecarias a favor, bonos a favor, acciones a favor, contratos de participación a favor, instrumentos de crédito, etc, los mismos que se reputen como activo circulante exigible y de eventual liquidez. La capacidad económica, deberá ser acreditada por el oferente de manera obligatoria, por lo que, será necesario implementar en los pliegos, según la contratación, requisitos para justificar satisfactoriamente este criterio y con ello prevenir eventualidades posteriores. No será necesario que el oferente justifique esta capacidad, en aquellos contratos los mismos que sean a contra-entrega, salvo disposición en contrario, por lo cual, será obligatorio que el oferente acredite capacidad económica, incluyendo en los procedimientos de ínfima cuantía. Toda disposición en contrario, se entiende emitida por la máxima autoridad de la entidad contratante.

Por la tercera, entiéndase que previo a iniciar un procedimiento precontractual, la Unidad Financiera o su equivalente deberá certificar la existencia presente o futura y suficiente de los recursos públicos que garanticen el óptimo cumplimiento del contrato y de sus obligaciones financieras para con el contratista, en los términos que prevé el Art. 12 de este Instructivo.

Por la cuarta, la entidad contratante se acogerá a las disposiciones previstas en el Art. 47 de este Instructivo.

- G) Descripción del monto contractual.-** Como documento habilitante para la formalización del contrato, deberá incorporarse al mismo, la oferta económica ganadora, desglosada por rubros así como el acta de negociación correspondiente, y de diferir el presupuesto referencial ofertado y el resultado de la negociación, en el acta respectiva, se deberá incorporar el detalle del valor negociado por rubro, siempre y cuando, se trate de contratos de ejecución de obras o de prestación de servicios, incluidos los de consultoría. Se exceptúa de esta disposición, a todos aquellos contratos que tengan por finalidad, la adquisición de bienes, independientemente del régimen contractual aplicado.
- H) Contratos celebrados contra expresa prohibición.-** Todos aquellos contratos los mismos que se hayan suscrito contra expresa prohibición legal, será de responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante así como de los funcionarios que participaron de manera directa y con facultad decisoria, en el proceso de contratación, siempre y cuando, tal acción u omisión, haya causado gravamen económico irreparable al Estado. Se seguirá el derecho de repetición, en conformidad con la ley. La máxima autoridad de la entidad contratante, dispondrá de la capacidad legal para declarar unilateralmente la terminación del contrato, sin reconocer indemnización alguna al contratista, salvo la liquidación de ley, para lo cual, se emitirá la Resolución respectiva, la misma que deberá estar motivada en derecho. Si el vicio de derecho, por el cual, el contrato es nulo en la especie, ha sido engendrado por la entidad contratante, cabrá el reparo de perjuicios al contratista.
- I) Administración del Contrato.-** La Administración del Contrato corresponderá al funcionario que haya sido designado por el Director Provincial, mediante memorando. Asimismo, el Director Provincial, podrá contratar a terceros, bajo la modalidad de consultoría, precisamente para la administración del contrato, siempre y cuando, las circunstancias técnicas y metodológicas del objeto de la contratación, sean de tal complejidad, que hagan inminentemente necesaria la contratación de consultoría externa, siendo en lo principal, que el consultor contratado actuará por delegación, de conformidad con lo dispuesto en la Norma de Control Interno de la Contraloría General del Estado, Nro. 408-16, párrafo primero, so pena de las responsabilidades civiles, administrativas y penales que convergieren por esta actuación, en contra del Director Provincial. El Administrador del

Contrato, deberá establecer los mecanismos que le permitan evaluar el cumplimiento de los objetivos de la contratación y a su vez, diseñar los sistemas necesarios que reporten el estado y circunstancia del objeto contractual, en la ejecución. Cuando la dimensión del objeto del contrato sea de tal complicación, que sea imposible, ejercer de manera efectiva la administración del contrato, el Administrador, diseñará la estructura organizacional correspondiente, la misma que permita, controlar todos y cada uno de los componentes que constituyen el objeto contractual. Los componentes, comprenderán desde un punto de vista técnico, legal y financiero, vinculantes al proceso de ejecución del objeto contractual. Son funciones del Administrador del Contrato:

a) Garantizar que el objeto del contrato se ejecute en conformidad con las especificaciones técnicas previstas en los pliegos.

b) Establecer un sistema que permita evaluar y medir el cumplimiento de los objetivos del objeto contractual, en cuanto a su ejecución.

c) Evaluar, controlar, supervisar y regular el proceso de ejecución del objeto contractual desde un punto de vista legal, técnico y económico.

d) Diseñar e implementar una estructura organizacional que permita un adecuado control del proceso de ejecución del objeto contractual, desde un punto de vista legal, financiero y técnico.

e) Intervenir en la suscripción de las actas de entrega recepción, provisionales parciales o totales; definitivas o recepciones únicas, según sea el caso.

f) Informar mensualmente al Director Provincial, sobre el estado y circunstancia de la etapa de ejecución del objeto contractual.

g) Recomendar las alternativas técnicas, económicas y legales que contribuyan a la debida ejecución del objeto contractual.

h) Las demás previstas en la ley.

El Administrador, estará en la obligación de supervigilar el estricto cumplimiento de las especificaciones técnicas que comprende la ejecución del objeto contractual, y que por cuyo incumplimiento, será responsable en los términos previstos en la ley.

J) Fiscalización de los contratos.- En aquellos contratos de ejecución de obra en específico, cuyos valores superen el multiplicar el coeficiente del 0.00003 por el Presupuesto General del Estado, ameritarán la contratación de la fiscalización correspondiente. A quien corresponde el ejercicio de la fiscalización, es al Jefe de Fiscalización quien podrá ser una persona natural o jurídica de derecho público o privado o en su defecto, un funcionario de la misma entidad contratante. La fiscalización de los contratos, se practicará en conformidad con lo dispuesto en las normas de control interno 408-18, 408-19, 408-20, 408-21, 408-22, 408-23, 408-24, 408-25, 408-26, 408-27, 408-28 y 408-29 de la Contraloría General del Estado, y las demás normas técnicas que fueren aplicables.

K) Terminación de los contratos.- Los contratos podrán terminar por dos vías y estas son:

- Terminación expresa del contrato.
- Terminación unilateral del contrato por causas imputables a la entidad contratante o al contratista.

La terminación expresa del contrato, se materializará por las siguientes causales:

- 1.- Por cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- 2.- Por mutuo acuerdo entre las partes, siempre y cuando, precedan circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, de orden técnico, legal y económico.
- 3.- Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo ha pedido del contratista;

4.- Por terminación unilateral declarada por la entidad contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y,

5.- Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica que haya intervenido en calidad de contratista, siempre que no se origine por decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.

La terminación unilateral del contrato, se materializará por las siguientes causales:

POR EL CONTRATISTA:

1. Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del contratista.

2. Por quiebra o insolvencia del contratista;

3. Cuando el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;

4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;

5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición;

6. Por circunstancias técnicas, económicas o legales, de origen fortuito, siempre y cuando, no haya podido mediar el mutuo acuerdo entre las partes.

POR LA ENTIDAD CONTRATANTE:

1.- Por incumplimiento de las obligaciones contractuales por más de sesenta días, sin preceder justificación alguna.

2.- Por suspensión de los trabajos, por más de sesenta días, siempre y cuando, tal demora no preceda por eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

3.- Cuando los diseños sean técnicamente inejecutables.

4.- Cuando por razones técnicas, económicas o legales y a su vez, eventuales, hubiese ameritado la terminación del contrato por mutuo acuerdo, pero hubiese resultado en la especie, imposible la conciliación entre las partes.

En estas circunstancias, la entidad contratante seguirá el trámite previsto en la ley y pagará al contratista, los daños y perjuicios que haya causado por su acción u omisión.

En el numeral 6 del apartado “**POR EL CONTRATISTA**”, el contratista debe restituir lo que haya percibido por concepto de anticipo, en el volumen no amortizado, dentro del término de treinta días contados a partir de la fecha en que se haya notificado al contratista con la terminación unilateral del contrato y, presentará el correspondiente informe de liquidación del anticipo que le haya sido consignado. Si el contratista incumpliere con esta disposición legal, la entidad contratante deberá ejecutar la garantía de buen uso del anticipo.

Previo a declarar la terminación unilateral del contrato, se notificará al contratista con 10 días término, de manera previa, a lo cual, y a dicha notificación, se le aparejará el informe técnico y económico así como legal correspondientes y que han sido considerados como justificativos para la terminación unilateral, indicándole al contratista, la acción u omisión por la cual, la entidad, procederá a declarar la terminación unilateral, concediéndole en consecuencia, un término perentorio precisado por la entidad contratante, con la finalidad de que repare o en su defecto, subsane la inconsistencia, irregularidad o anomalías detectadas, por lo que, caso contrario, se declarará la terminación anticipada y unilateral del contrato y en consecuencia, la máxima autoridad, expedirá la correspondiente Resolución, debidamente motivada, desde el campo técnico y legal, y en consecuencia, la entidad contratante, comunicará del particular al INCOP con la finalidad de que se proceda a inscribir al contratista en el Registro de Contratistas Incumplidos. Esta inscripción procederá solo en los casos de terminación unilateral del contrato por causas imputables al contratista, excluyéndose aquella causal que se derive de circunstancias técnicas, legales o económicas por las cuales, resulte imposible la ejecución del objeto contractual, aun cuando no haya precedido el mutuo acuerdo entre las partes. La entidad contratante, solamente podrá

incurrir en mora de orden económica, en los términos que prevén los incisos tercero y cuarto del Art. 95 de la LOSNCP.

Por concepto de la terminación unilateral del contrato, la entidad contratante, procederá a determinar los avances físicos o materiales del objeto contractual, la liquidación financiera del contrato, el estado de las garantías de fiel cumplimiento y anticipo para eventual cobrabilidad así como los reportes de la administración y fiscalización del contrato, en razón de lo cual, ejercerá las acciones legales y administrativas correspondientes, sin perjuicio de que la entidad contratante demande a la contratista por los daños y perjuicios que hubiere causado el incumplimiento de sus obligaciones contractuales. El contratista, a la fecha de la terminación del contrato, deberá restituir los valores que haya percibido para la ejecución del contrato, sea por concepto de anticipo o cualquier otra asignación contractual, reajustado a la fecha de la terminación unilateral, caso contrario, la entidad contratante procederá a efectivizar las garantías rendidas. En consecuencia, la entidad contratante, notificará a la aseguradora o entidad bancaria que se haya constituido como afianzadora de la contratista, con la finalidad de que ejecuten las garantías a favor de la entidad contratante hasta cinco días antes de su caducidad.

K) Cesión y Subcontratación de los Contratos.- El contratista o consultor, no podrá cesionar el contrato que le ha sido adjudicado, y si lo hiciere, será responsable penal, civil y administrativamente por tal omisión. La subcontratación será procedente, a costa y riesgo del contratista. Por este concepto, el contratista no se exonerará de las responsabilidades que le corresponden por mandato del acto contractual. El contratista podrá subcontratar hasta por un 30% del valor reajustado del contrato. Las subcontrataciones se practicarán específicamente para satisfacer obligaciones que le corresponden al contratista en conformidad con los pliegos, en consecuencia, las subcontrataciones no proceden sino para coadyuvar a la ejecución del objeto contractual. La subcontratación, solo podrá efectuarse con personas naturales o jurídicas las mismas que se encuentren legalmente habilitadas en el RUP, caso contrario, tal acto será nulo en la especie.

L) Recepciones y Liquidación del Contrato.- Una vez que el contratista haya cumplido satisfactoriamente con sus obligaciones contractuales, se procederá a suscribir la correspondiente acta de entrega recepción, la

misma que podrá ser única, provisional o definitiva y en ésta última, real o presunta. Procederá la entrega-recepción “única”, cuando el objeto contractual, consista en la prestación de un servicio, incluido el de consultoría o en su defecto, cuando el objeto contractual tenga por fin, la adquisición de bienes muebles o inmuebles. Si los bienes o servicios son de aquellos que han de completarse en partes, procederá la entrega-recepción tanto provisional como definitiva. En los contratos de ejecución de obras, cuyo objeto contractual, es por partes o por fracciones parciales, inminentemente procederá la entrega-recepción provisional y definitiva, siendo ésta última, en la especie, real o presunta. La recepción definitiva será real, cuando el contratista haya remitido su informe final definitivo y en consecuencia y sin existir observaciones de ninguna clase, la entidad contratante califica el objeto contractual en cuanto a su cumplimiento, según las especificaciones técnicas contenidas en los pliegos y por ende, aprueba el informe remitido por el contratista y suscribe la correspondiente acta de entrega-recepción definitiva conjuntamente con el contratista. La recepción definitiva será presunta, cuando el contratista, pese a haber remitido el informe definitivo correspondiente, la entidad contratante, no lo niega u observa de manera expresa, en los términos previstos en la ley, razón por la cual, el contratista podrá acudir ante un Juez de lo Civil o Notario Público con la finalidad de que éstos, a su vez, declaren la recepción definitiva presunta del objeto contractual. La recepción definitiva se materializará en el término de seis meses contados a partir de la fecha en que se haya suscrito la última recepción provisional del objeto contractual. Cuando la entidad contratante niegue el informe definitivo de ejecución del objeto contractual, deberá motivar su decisión e indicar a su vez al contratista, las observaciones respectivas y de índole fundamentalmente técnico. En los pliegos se establecerá el término para realizar observaciones o negar de plano el informe y a su vez, para que el contratista practique las correcciones correspondientes. De no existir observaciones de ninguna especie ni traducidas expresamente, procederá la recepción definitiva. En el acta, se dejará constancia:

- 1.- Antecedentes de la contratación y objeto de la misma.
- 2.- Condiciones Generales y Técnicas de la Ejecución.

- 3.- Condiciones Operativas del Objeto Contractual.
- 4.- Liquidación de plazos.
- 5.- Liquidación económica.
- 6.- Cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- 7.- Reajustes de Precios.
- 8.- Informes de Fiscalización y Administración del Contrato.
- 9.- Las demás que fueren necesarias para traslucir la naturaleza reflectiva del acta.

En los casos de actas de recepción provisional, en el apartado “*antecedentes*”, y tratándose de varias recepciones provisionales, en la última acta por este concepto, se realizará un detalle sumario de las recepciones precedentes.

Todo error de cálculo, de hecho o de derecho del cual fuere susceptible la liquidación económica del contrato, se presumirá perjuicio a la parte afectada, so pena de las acciones legales a que hubiere lugar.

M) Reajuste de Precios.- El reajuste de precios se practicará en virtud de la aplicación de un sistema de análisis de precios unitarios por componente que constituya el objeto de la contratación. Tal es así que:

REAJUSTE DE PRECIOS PARA OBRAS, ADQUISICIÓN DE BIENES O PRESTACIÓN DE SERVICIOS, EXCLUYENDO LOS DE CONSULTORÍA:

$$Pr = \left(\frac{p1B1}{Bo} + \frac{p2C1}{Co} + \frac{p3D1}{Do} + \frac{P4E1}{Eo} \dots \frac{pnz1}{Zo} + \frac{pxX1}{Xo} \right)$$

Donde:

Pr= Valor del anticipo, planilla reajustada o factura.

Po= Valor del anticipo, de la planilla o factura, calculadas, siendo en el caso de las planillas, por las cantidades de obra ejecutada, a base de precios unitarios, descontándose en valor del anticipo efectivamente amortizado, siempre y cuando éste último se haya pagado. Siendo en el caso de la factura, por la cantidad equivalente al canon arrendaticio abonado mensualmente. Siendo por la adquisición, los pagos parciales o totales que se haya practicado para la adquisición.

p1= Componente mano de obra, solo en el caso de obras. En los demás casos no se calculará este componente.

p2, p3, p4....pn= Componentes generales y principales para la ejecución de la obra o para la adquisición o arrendamiento de un bien mueble o inmueble.

px=Otros componentes considerados “no principales” cuyo coeficiente no excederá del 0.200

Los coeficientes deberán expresarse en milésimas y la suma de ellos, derivar en la unidad.

Bo= Salarios mínimos de una cuadrilla tipo, en conformidad con la ley y vigentes hasta treinta días antes de la fecha de cierre de presentación de las ofertas técnicas y económicas. (Solo para ejecución de obras)

B1= Salarios mínimos de una cuadrilla tipo, en conformidad con la ley y vigentes hasta antes de la fecha de pago del anticipo o de pago las planillas de ejecución del objeto contractual. (Solo para ejecución de obras)

Co, Do, Eo.....Zo= Índices de precios de los componentes principales vigentes hasta antes de la fecha de cierre de presentación de las ofertas técnicas y económicas.

CI, DI, EI....ZI= Índices de precios de los componentes principales vigentes hasta antes de la fecha de pago del anticipo o de pago las planillas, facturas o su equivalente, vinculantes con la ejecución del objeto contractual.

Xo=Índices de precios de los componentes no principales vigentes hasta antes de la fecha de cierre de presentación de las ofertas técnicas y económicas.

X1=Índices de precios de los componentes no principales vigentes hasta antes de la fecha de pago del anticipo o de pago las planillas, facturas o su equivalente, vinculantes con la ejecución del objeto contractual.

Los reajustes de precios se practicarán de manera mensual o en su defecto, cuando haya de efectuarse cualquier pago originado del contrato, incluyendo para la formulación y suscripción de contratos complementarios, en conformidad a los índices de precios vigentes a la fecha de presentación de las planillas de pago o su equivalente. Las liquidaciones contractuales, se practicarán aplicando la fórmula general de reajuste de precios, considerando los índices de precios vigentes a la fecha prevista en este inciso. Los contratos complementarios, para la ejecución de obras, y en aplicación del reajuste, no podrán exceder del 35% del valor del contrato principal. Los contratos de arrendamiento de bienes, admitirán prórroga y los de adquisición de bienes, no admitirán tal concepto.

El valor de reajuste, se calculará, restando el valor reajustado del anticipo, planilla o su equivalente y el valor del anticipo o de las planillas calculadas por las cantidades de obra ejecutadas o de los comprobantes de pago de los meses vencidos, por concepto de arrendamiento o respecto del pago total, en el caso particular de adquisiciones de bienes, a base de precios unitarios, descontándose el valor del anticipo efectivamente amortizado, siempre y cuando éste último se haya pagado. Matemáticamente se dirá:

$$Vr = Pr - Po$$

El valor del anticipo y de las planillas o comprobantes de pago cuantificados a los precios de la oferta y restado el valor del anticipo amortizado, de haber sido pagado, será reajustado, multiplicándolo por el coeficiente de reajuste que resulte de la fórmula o fórmulas de reajuste, los precios o índices de precios correspondientes al mes de pago del anticipo, planilla o comprobante de pago.

*Vapl – Vam * Cofreajuste*

Con la finalidad de definir el alcance del cronograma de ejecución del objeto contractual, todo esto, para efectos del reajuste de precios correspondiente, se calculará, los valores resultantes de las actividades ejecutadas, en proporción directa a los valores parciales que hayan sido programados en el último cronograma aprobado. Los valores no ejecutados, serán reajustados, una vez practicados, según los índices correspondientes al mes en que se pretenda efectuar la liquidación y el pago de aquella fracción del objeto contractual. Si el contratista incurriere en mora o retardo total o parcial en el cumplimiento de sus obligaciones, se reajustarán los precios con los índices que correspondan al mes en que debieron ejecutarse tales valores o actividades, en conformidad con el cronograma de ejecución aprobado.

Para la creación y supresión de rubros, la entidad contratante, según la naturaleza del objeto de la contratación, diseñará las fórmulas de reajuste las mismas que no podrán diferir a lo que prescribe la ley para estos casos y según lo previsto en este instructivo.

REAJUSTE DE PRECIOS DE CONSULTORÍA

Para los contratos de consultoría, se aplicará la siguiente fórmula general de reajuste de precios:

$$Pr = Po (IPC1 / IPCo)$$

Dónde:

Pr= Valor reajustado del anticipo o de la planilla.

Po= Valor del anticipo, o de la planilla de avance descontada la parte proporcional del anticipo.

IPCo= Índice general de precios al consumidor a nivel nacional publicado por el INEC vigente a la fecha de presentación de la oferta.

IPC1= Índice general de precios al consumidor a nivel nacional publicado por el

INEC vigente a la fecha de pago del anticipo o de las planillas de avance.

La relación $IPC1 / IPCo$ siempre deberá ser mayor a 1 para que sea aplicable el reajuste de precios.

En caso de que algún componente del contrato haya sido negociado como comprobable y reembolsable, este deberá ser excluido del valor Po .

N) CONSIDERACIONES ADICIONALES:

- Los contratos de arrendamiento o adquisición de bienes muebles e inmuebles, podrán contemplar el anticipo como forma de pago. Entiéndase por anticipo, en los contratos de arrendamiento, como los abonos devengados por la entidad contratante, de manera premeditada, para el uso y disfrute de un bien o bienes muebles o inmuebles o en combinación, de manera específica. Entiéndase por anticipo, en los contratos de adquisición, el pago parcial respecto de total del coste del bien o de los bienes inmuebles o muebles o en combinación a ser adquiridos. Este parámetro, será considerado para el cálculo de reajuste de precios. Todo reajuste de precios, en los contratos de arrendamiento y adquisición, repercutirá, o bien en los cánones arrendaticios mensuales o en su defecto, en las alícuotas parciales de pago.
- El arrendamiento así como la adquisición de bienes muebles e inmuebles podrán ser combinables, esto es, que en una misma operación contractual se podrán adquirir o arrendar bienes muebles e inmuebles, en conjunto, siguiendo los lineamientos precontractuales previstos en la ley y en este instructivo.
- Es inadmisibles la subdivisión de los objetos contractuales o presupuestos referenciales de un contrato en específico, con fines de evadir los procedimientos precontractuales previstos en las leyes y en este instructivo. Esta omisión, será castigada en conformidad con la ley.
- Cuando el objeto de contratación, es de aquellos que no pueden subdividirse (caso de bienes), y que en consecuencia, se pretendan contratar bajo la modalidad de subasta inversa o cualquier otra similar, podrá hacerse bajo el régimen de contra-entrega, esto es, que el pago por concepto del contrato, se practique previo a que el contratista presente la

factura correspondiente y en consecuencia, suscriba el acta de entrega-recepción respectiva conjuntamente con el máximo personero de la entidad contratante. Este modelo de compensación contractual, se entenderá por legal.

- Por la delegación, el delegante no se exime de responsabilidad respecto de las acciones u omisiones que instruya al y por el delegado, en el ejercicio de la delegación, y viceversa, en conformidad con la ley.
- Todo procedimiento de contratación finalizará con el contrato, a menos que se tratare de procedimientos de ínfima cuantía u otro por adquisición de bienes, en los cuales, bastará la suscripción de la respectiva factura, entendida ésta, como el modo legalmente permitido para la formalización del compromiso.
- Todo pago, precederá de factura o contrato y acta de entrega-recepción, caso contrario, no podrá efectuarse el mismo. Por lo tanto, todo pago será susceptible de control previo, según lo previsto en las Normas de Control Interno de la Contraloría General del Estado, siendo en el caso de los anticipos, adicionalmente la rendición previa de la garantía de ley, a la fecha de formalización o suscripción del contrato.

4.3.4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA:

Por su parte, el Estatuto de Régimen Administrativo de la Función Ejecutiva, el mismo que es vinculante para diversas normas jurídicas de carácter general de nuestro país, refiere al procedimiento administrativo, según las siguientes reglas generales:

4.3.4.1. INICIACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:

“Art. 135.- Iniciación del procedimiento. Clases de iniciación.- Los procedimientos podrán iniciarse de oficio o a solicitud de persona interesada.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que el procedimiento administrativo, puede ser instaurado, o bien de oficio; es decir, por iniciativa de la Administración, o en su defecto, a petición de parte.

“Art. 136.- Iniciación de oficio.

1. Los procedimientos se iniciarán de oficio por resolución del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia.

2. Con anterioridad a la resolución de iniciación, podrá el órgano competente abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la iniciación de oficio del procedimiento administrativo, se practicará, por resolución del órgano competente, por iniciativa propia o por orden del superior jerárquico, así mismo, por petición razonada de otros órganos de la Administración y finalmente por denuncia presentada por el particular o administrado. Sin embargo, la Administración, previo a iniciar de oficio el trámite administrativo, puede ejecutar un procedimiento de información previa con la finalidad de captar cuanta información confiable fuese necesaria para iniciar el procedimiento administrativo, de oficio.

“Art. 137.- Solicitudes de iniciación.

1. Las solicitudes que se formulen deberán contener:

a) Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente, así como la identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones;

b) Hechos, razones, fundamentos de derecho y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud;

c) Lugar y fecha de la solicitud;

d) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio; y,

e) Órgano de la administración o unidad administrativa a la que se dirige.

2. Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, podrán

ser formuladas en una única solicitud, salvo que las normas reguladoras de los procedimientos específicos dispongan otra cosa.

3. De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la administración, podrán éstos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación, admitiéndose como tal una copia en la que figure la fecha de presentación anotada por la oficina.

4. La Administración Pública deberá establecer modelos de solicitudes, reclamos, recursos, y en general de cualquier tipo de petición que se dirija a la Administración Pública Central, preferiblemente cuándo se trate de procedimientos que impliquen la resolución numerosa de una serie de procedimientos. Los modelos mencionados estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas, y de ser posible, se publicarán en el Registro Oficial o en una página web de dominio público del internet. Los solicitantes podrán acompañar los elementos que estimen convenientes para precisar o completar los datos del modelo, los cuales deberán ser admitidos y tenidos en cuenta por el órgano al que se dirijan. La utilización de los modelos no será obligatoria para los administrados.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige los siguientes puntos esenciales:

1.- Que la solicitud de iniciación de un procedimiento administrativo, deberá contener los siguientes requisitos; como mínimo:

1.1 Identificación del interesado; cuando éste fuese persona natural o identificación del representante legal, cuando se tratase de personas jurídicas de derecho público o privado; así como la precisión del lugar o domicilio en el que ha de ser notificado.

1.2. Antecedentes de hecho y de derecho así como la pretensión concreta a la que aspira el interesado o solicitante.

1.3. Lugar y fecha de la solicitud.

1.4. Firma del solicitante o en su defecto, acreditación de la legitimidad de la autenticidad de su voluntad, en cuanto a interponer la solicitud de iniciación.

1.5. Órgano de la Administración o Unidad Administrativa a la cual está dirigida.

2.- Cuando exista una pluralidad de personas, la que impulse la solicitud de iniciación, y si las pretensiones, en efecto, fuesen similares, podrán presentar una sola solicitud

que contenga el conjunto de pretensiones advertido, lo que no acontecerá, al tratarse de pretensiones divergentes; lo que constreñirá a cada interesado, interponer la solicitud de iniciación correspondiente o cuando la ley disponga expresamente otra cosa.

3.- Por la presentación de la solicitud correspondiente, los solicitantes tendrán derecho a que se les extienda la razón de presentación correspondiente, en la cual, se hará constar el día, la hora y el número de anexos aparejados a la misma.

4.- La Administración Pública Central, deberá diseñar los modelos de solicitudes, reclamos y más recursos administrativos, sobre todo, cuando tenga que ver con la emisión de resoluciones resultantes de numerosos procedimientos administrativos. Estos modelos, deberán ser publicados en el Registro Oficial, a modo de instructivo, o en su defecto, ser publicados a través de la página web de la entidad estatal emisora. Se aclara que los solicitantes, podrán acompañar a su solicitud, cuanta documentación e información consideren necesarias, con la finalidad de sustentar en debida forma; la estructura fáctica y pretensión, plasmadas en su solicitud de iniciación.

“Art. 138.- Subsanación y mejora de la solicitud.

1. Si la solicitud de iniciación del procedimiento no reúne los requisitos que señala el artículo anterior y los exigidos, en su caso, por la legislación específica aplicable, se requerirá al interesado para que, en un plazo de diez días, subsane la falta o acompañe los documentos requeridos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición, previa resolución que deberá ser dictada en los términos aquí previstos.

2. Siempre que no se trate de procedimientos pre contractuales, el plazo de hasta cinco días, a petición del interesado o iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.

3. En los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntarias de los términos de aquélla. De ello se levantará acta sucinta, que se incorporará al procedimiento.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Si la solicitud de iniciación de un procedimiento administrativo, no se ajustare a los requisitos que prevé la ley para su formulación, se concederá al solicitante, el plazo de diez días, con la finalidad de que pueda practicar las correcciones o incorporaciones que fueren del caso, en la medida de garantizar la admisibilidad de la denuncia; previniéndole que de no hacerlo, se tendrá como desistimiento tácita, lo que será declarado mediante resolución administrativa.

b) Con excepción de los procedimientos precontractuales, se concederá al interesado o solicitante, el plazo de cinco días, con la finalidad de que subsane aquellos documentos que hubiere presentado y que fuesen declarados con dificultades especiales para su validez o autenticidad.

c) Puntualmente en los procedimientos administrativos incoados a petición de parte, el órgano competente podrá requerir del solicitante; que practique cuanta modificación voluntaria fuese necesaria; respecto de los términos en los cuales haya concebido su solicitud. De esta actuación, se levantará el acta correspondiente; la misma que será agregada al expediente.

“Art. 139.- Medidas provisionales.

1. Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello.

2. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, 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. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas en la resolución de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro de los diez días siguientes a su adopción, la cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

En todo caso, dichas medidas quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o cuando la resolución de iniciación no contenga un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

3. No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

4. Las medidas provisionales podrán ser modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Una vez iniciado el procedimiento administrativo, el órgano competente, para emitir la resolución correspondiente, sea de oficio o a petición de parte, podrá imponer las medidas que fuesen necesarias con la finalidad de garantizar la eficiencia de la resolución administrativa que se hubiese dictado, en tanto y en cuanto, existiesen los fundamentos legales y fácticos suficientes para tales efectos.

b) Previo a iniciar el procedimiento administrativo correspondiente; el órgano competente, de oficio o a petición de parte, podrá adoptar las medidas provisionales correspondientes con la finalidad de subsanar situaciones de emergencia o urgencia o proteger los intereses que estuvieren implicados o que fuesen materia del procedimiento administrativo. Para la imposición de estas medidas, éstas deberán encontrarse previstas en la ley correspondiente. La imposición de medidas provisionales, deberá ser ordenada en la resolución de iniciación del procedimiento, sin perjuicio de impugnación administrativa o judicial. Sin embargo, se entenderá que la Administración, no impone medidas provisionales, cuando en el acto de inicio del procedimiento administrativo, no se refiere expresamente a la imposición de tal o cual medida provisional o preventiva o cuando ésta, no hubiese sido emitida en el término de ley.

c) Se tendrá por prohibida, toda medida provisional que cause daño inminente o irreparable al administrado o lesione derechos protegidos por la Constitución y la Ley.

d) Las medidas provisionales podrán ser susceptibles de modificación o extinción; durante el transcurso del procedimiento administrativo, en tanto y en cuanto, sobrevinieren causas que no fueron conocidas o advertidas por la Administración, al momento de la adopción de tales medidas. Estas eventualidades de ley, podrán ser solicitadas por los interesados o asumidas, de oficio, por la Administración.

e) Las medidas provisionales se extinguirán tácitamente o de manera expresa, mediante la emisión del respectivo acto administrativo que ponga fin al procedimiento administrativo.

“Art. 140.- Acumulación.- El órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de su iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Contra la resolución de acumulación no procederá recurso alguno.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que el órgano administrativo competente, que haya iniciado un procedimiento administrativo, sea de oficio o a petición de parte y éste, halle identidad sustancial, conexidad procesal o conexidad sustancial con otros; dispondrá la acumulación de éstos, con la finalidad de ser tramitados en un mismo expediente. Contra la resolución de acumulación de procedimientos administrativos, no procede recurso alguno.

4.3.4.2. ORDEN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:

“Art. 141.- Impulso.

1. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites.

El incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo anterior dará lugar a la responsabilidad administrativa del infractor en los términos previstos en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y en la Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada.

2. En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos en específico:

a) Que el procedimiento administrativo, debe ser impulsado permanentemente por la Administración, en la medida de garantizar la celeridad del mismo, aun cuando el administrado, no lo solicitare expresamente. El incumplimiento del principio de impulsión de oficio, dará lugar a la determinación de responsabilidades administrativas.

b) Durante el despacho del expediente administrativo; se respetará y garantizará el orden estricto de invocación de asuntos o cuestiones homogéneas, a menos que el titular del órgano tramitador; disponga lo contrario, de manera motivada; de lo cual, quedará constancia en acto.

“Art. 142.- Celeridad.

1. Se acordarán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.

2. Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) En un solo acto, se dispondrá la práctica de cuantos trámites fuesen necesaria; en tanto y en cuanto, admitan una impulsión simultánea y no adviertan cumplimiento de tracto sucesivo.

b) Cuando la Administración, dispusiere la práctica de trámites; con cargo a otros órganos de la Administración Pública, se preverá en el acto dispositivo, el plazo dentro del cual se dará cumplimiento a los mismos; bajo prevenciones de ley.

“Art. 143.- Cumplimiento de trámites.

1. Los trámites que deban ser cumplimentados por los interesados deberán realizarse en el plazo de diez días a partir de la notificación del correspondiente acto, salvo en el caso de que en la norma correspondiente se fije plazo distinto.

2. Cuando en cualquier momento se considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, la administración lo pondrá en conocimiento de su autor, concediéndole un plazo de diez días para cumplimentarlo.

3. A los interesadas que no cumplan lo dispuesto en los apartados anteriores, se les podrá declarar que han desistido en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirá la actuación del interesado y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Los trámites que deben ser cumplidos por el administrado o interesado, deberán ser ejecutados en el plazo de diez días contados desde la fecha de notificación del acto, por intermedio del cual, se ha dispuesto y conminado tales efectos; con excepción de que la misma ley, prevea un plazo disímil.

b) Cuando el administrado o interesado, no cumpliera con los actos que le corresponde cumplir, la Administración podrá en conocimiento del solicitante, tales cuestiones, con la finalidad de que subsane las anomalías, concediéndole para el efecto, el plazo de diez días.

c) Si los interesados no cumplen con lo dispuesto en líneas anteriores, automáticamente se tendrá por perfecto; el desistimiento en el procedimiento administrativo, a menos que, el solicitante ejecute sus obligaciones; dentro de los términos que han sido previstos o en el último día en el que se hubiere dictado la resolución; con la cual se puso fin al plazo concedido para los efectos obligacionales contenidos en los literales anteriores, lo que le surtirá al solicitante, efectos jurídicos positivos.

“Art. 144.- Cuestiones incidentales.- Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, salvo la recusación.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que las cuestiones incidentales que se desprendieren durante el transcurso del procedimiento administrativo, incluso las referentes a nulidad de las actuaciones, no causarán la suspensión del procedimiento administrativo, salvo en casos de recusación de la autoridad administrativa concedora y sustanciadora del pleito administrativo.

4.3.4.3. DE LA INSTRUCCIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:

“Art. 145.- Actos de instrucción.

1. Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos.”

Del análisis aplicado a la norma jurídica que se supra invoca, se colige que los actos de instrucción, los mismos que obligatoriamente deben ser emitidos para la determinación, conocimiento y aprobación de cuestiones fácticas y jurídicas sobre las cuales, se emitirá la resolución administrativa correspondiente, deberán ser forjados; de oficio, por la Administración, para la consecución de tales fines, sin perjuicio de que los solicitantes o interesados, puedan proponer la incorporación de actuaciones administrativas que requieran la intervención de la Administración o que constituyan trámites legales o reglamentarios; legítimamente establecidos en la ley.

“Art. 146.- Alegaciones.

1. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

2. En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos obligatoriamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Previo a la instauración de la etapa de audiencia, los interesados, podrán presentar cuanta alegación, documentos y más elementos de convicción consideren pertinentes con la finalidad de proporcionar a la Administración, los suficientes elementos de juicio que le permitan formular un criterio acorde a la realidad de especie fáctica. La Administración, discrecionalmente podrá considerar los elementos de juicio que considere pertinentes, para la formulación de la voluntad administrativa.

b) Los interesados, podrán observar y alegar en cualquier momento, previo a resolución, cualquier infracción al ordenamiento jurídico, durante la sustanciación del trámite administrativo pertinente; con la finalidad de que sean subsanados oportunamente por la Administración; sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias a las que hubiere lugar, imputables al infractor o comisionista de las faltas procedimentales.

“Art. 147.- Medios y período de prueba.

1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en derecho.

2. Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a veinte días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

3. El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

4. Cuando el interesado solicite la apertura de un período de prueba, será obligación de la administración el conceder dicho período, por el plazo establecido en el numeral 2 precedente.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Los hechos relevantes que incidan en la formación de la voluntad administrativa, deberán ser acreditados mediante los medios probatorios que la ley demande y exija.

b) Si la Administración, no tuviese la certeza sobre un determinado asunto o sobre una determinada cuestión de especie fáctica, dispondrá la apertura de un término probatorio de veinte días máximo y mínimo diez días, durante el cual, los interesados y la misma Administración, podrán evacuar cuanta diligencia probatoria consideren pertinente, para el debido esclarecimiento de los hechos que son materia del procedimiento administrativo.

c) El instructor del procedimiento administrativo, rechazará toda prueba que sea impertinente, confusa o sencillamente inoportuna para el debido esclarecimiento de los hechos que son materia del trámite; para lo cual, deberá hacerlo de manera motivada.

d) Si el interesado, solicita la apertura del término probatorio, la Administración estará en la obligación de hacerlo, en las condiciones previstas en el literal b de este análisis.

“Art. 148.- Práctica de prueba.

1. La administración comunicará a los interesados, con antelación suficiente, el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas.

2. En la notificación se consignará el lugar, fecha y hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos o peritos para que le asistan.

3. En los casos en que, a petición del interesado, deban efectuarse pruebas cuya realización implique gastos que no deba soportar la administración, ésta podrá exigir el anticipo de los mismos, a reserva de la liquidación definitiva, una vez

practicada la prueba. La liquidación de los gastos se practicará uniendo los comprobantes que acrediten la realidad y cuantía de los mismos.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) La Administración, garantizará que los interesados, evacúen las pruebas que hayan sido anunciadas por ellos y que hayan sido debida y legalmente admitidas.

b) La Administración, para los efectos del literal que antecede, dictará el acto correspondiente, señalando las fechas en las cuales han de ser evacuadas las pruebas que han sido anunciadas por los interesados, advirtiéndole al interesado, de la facultad para designar peritos.

c) En los casos en que, las diligencias probatorias, adviertan gastos no soportados por la Administración, ésta exigirá el anticipo de rigor al peticionario, con miras a la liquidación definitiva, luego de practicada la diligencia probatoria. Para efectos de la liquidación, se unirán los comprobantes de pago, que acrediten los costos de las diligencias probatorias evacuadas.

“Art. 149.- Informes.- Petición.

1. A efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean obligatorios por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, o en su caso, la conveniencia de solicitarlos.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la Administración, previo a resolver, solicitará los informes que por mandato de la ley, fuesen necesarios, para la formación de la voluntad administrativa, sin perjuicio de solicitar los que fueren necesarios para estos mismos efectos, por lo que, la Administración, en el primer caso, citará la norma legal que exige tal o cual informe preliminar en tanto que en el segundo caso, determinará las razones fácticas y jurídicas por las cuales es pertinente la emisión de un informe previo; evidentemente no previsto en la ley; en forma expresa.

“Art. 150.- Evacuación.

1. Salvo disposición legal expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes.

2. Los informes serán evacuados en el plazo de diez días, salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permita o exija otro plazo mayor o menor.

3. De no emitirse el informe en el plazo señalado, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes obligatorios que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

4. Si el informe debiera ser emitido por una Administración Pública u órgano de la administración distinta de la que la tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquél se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones. El informe emitido fuera de plazo no deberá ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Los informes preliminares, solicitados por la Administración, para emitir la resolución correspondiente, serán facultativos y no vinculantes.

b) Los informes preliminares, deberán ser emitidos en el plazo de diez días, salvo disposición en contrario, que prevea plazo mayor o menor.

c) Si no se emitiese el informe preliminar, en el plazo señalado en el literal anterior, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa del emisor por la demora, se evacuarán las actuaciones correspondientes; independientemente de la naturaleza del informe, salvo que éste fuese obligatorio y determinante para la formación de la voluntad administrativa, en cuyo caso, se suspenderá el procedimiento administrativo.

d) Si un órgano distinto al instructor, fuese el obligado de emitir el informe preliminar de rigor, y no lo hiciere, se continuará con el procedimiento administrativo; razón por la

cual, si el informe preliminar, es emitido fuera de término, no será considerado para la formación de la voluntad administrativa.

4.3.4.4. DE LA PARTICIPACIÓN DE LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:

“Art. 151.- Trámite de audiencia.

1. Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la resolución, se pondrá de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes la convocatoria a audiencia, en la que se señalará el día y hora de la misma.

2. Los interesados, podrán alegar y presentar los documentos y justificaciones que estimen pertinentes.

3. Si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones verbales o escritas, ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite.

4. Se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Una vez evacuada la etapa probatoria y previo a emitir la resolución correspondiente, la Administración, convocará a la celebración de la etapa de audiencia; la misma que será celebrada en la fecha y hora que determine la Administración.

b) En la audiencia, los interesados podrán presentar documentos y elementos de juicio para la formación de la voluntad administrativa.

c) Si los interesados no tiene que alegar o presentar en la audiencia, ésta diligencia se tendrá por evacuada, por la simple comparecencia de los mismos.

d) No será necesaria la etapa de audiencia y se podrá prescindir de ella, cuando las pruebas y alegaciones a tratarse en la misma, fuesen las mismas que el interesado hubo de anunciar, presentar y evacuar en el estadio probatorio correspondiente o en su defecto, cuando las pruebas o alegaciones, fueren ajenas al hecho materia del procedimiento administrativo.

“Art. 152.- Actuación de los interesados.

1. Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales.

2. Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de un profesional del derecho cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

3. En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Para la ejecución de los actos de instrucción o diligencias procedimentales que requieran la intervención de los interesados, la Administración, deberá garantizar, en la medida de lo posible, de que aquéllas surtan efecto sin complicaciones; es decir, procurando que los interesados comparezcan sin dificultad alguna.

b) Los interesados, podrán intervenir en el procedimiento administrativo, mediante un abogado defensor, todo esto, a fin de precautelar sus intereses.

c) El instructor, garantizará que durante el procedimiento administrativo, se respeten los principios de contradicción y de igualdad respecto de los interesados.

“Art. 153.- Información pública.

1. El órgano al que corresponda la resolución del procedimiento, cuando la naturaleza de éste lo requiera, podrá acordar un período de información pública.

2. A tal efecto, se anunciará en un diario de amplia circulación nacional, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se acuerde. El anuncio determinará el plazo para formular alegaciones, que en ningún caso podrá ser inferior a diez días.

3. La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento. La comparecencia en el trámite de información pública no otorga, por si misma, la condición de interesado. No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la administración una respuesta razonada, que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Cuando la naturaleza del procedimiento administrativo así lo requiera, será susceptible de información o difusión pública.

b) Para la etapa de difusión o información pública, la Administración, publicará en un diario de mayor circulación de la localidad, sobre el procedimiento administrativo en cuestión o parte de éste; y la posibilidad de que cualquier persona natural o jurídica, pueda examinarlo. Para estos efectos, se concederá a la colectividad, el plazo de diez días para alegaciones.

c) Si no existieren alegaciones al procedimiento administrativo publicitado, o parte de aquél, no impedirá que los administrados, interpongan los respectivos recursos administrativos en contra del acto que ponga fin al procedimiento.

d) La intervención en el proceso de información pública, no supone al participante, la condición de interesado.

e) Quienes intervengan en el procedimiento de información pública, tendrán derecho a una respuesta motivada, en relación a sus alegaciones; la misma que podrá ser común para todas, en tanto y en cuanto, converjan a ella, cuestiones homólogas.

4.3.4.5. DE LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO:

“Art. 154.- Terminación.

1. Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad.

2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas.

La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Son modalidades de terminación del procedimiento administrativo, el desistimiento, la renuncia al derecho que sustente la pretensión contenida en la solicitud de iniciación, en tanto y en cuanto, la ley no suponga lo contrario, la resolución de rigor, y la declaratoria de caducidad.

b) Asimismo, se considerará como causal para la terminación del procedimiento, la existencia de causas sobrevinientes que impidan la ejecución del mismo.

c) La resolución que ponga fin al procedimiento, por cualquier modo, deberá ser motivada.

“Art. 155.- Terminación convencional.

1. La Administración Pública está facultada, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, a celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.

2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados.

3. Requerirán, de ser el caso, la aprobación expresa del Procurador General del Estado, los acuerdos que requieran su aprobación en los términos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.

4. Los acuerdos que se suscriban no supondrán alteración de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de las responsabilidades que correspondan a las autoridades y funcionarios relativas al funcionamiento de los servicios públicos.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) La Administración Pública, está en la capacidad legal; en conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, de celebrar convenios o acuerdos con personas de derecho público o privado, en tanto y en cuanto, no se reputen como contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre asuntos no susceptibles de transacción, y que tengan por objeto, la consecución del fin o interés público, pudiendo éstos, considerarse como finalizadores del procedimiento administrativo, o incorporarse al mismo, de manera previa, con efecto vinculante o no, a la resolución que ponga fin a aquél.

b) Los convenios o acuerdos, deberán contener como mínimo, la identidad de los intervinientes, el ámbito personal, territorial y funcional, el plazo de vigencia; pudiendo publicarse o no, según la naturaleza de las personas a las cuales está destinado.

c) Los acuerdos o convenios, deberán ser aprobados por el Procurador General del Estado; en tanto y en cuanto, así lo diga la ley expresamente.

d) La celebración de acuerdos, no suponen modificación o mutabilidad de las competencias administrativas inherentes a los órganos administrativos ni de las obligaciones que correspondan a las autoridades o entes, en relación al funcionamiento de servicios públicos.

“Art. 156.- Contenido de la resolución.

1. La resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo. Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto por un plazo no superior a quince días, para que formulen las alegaciones que estimen pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

2. En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución será congruente y coherente con las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

3. Las resoluciones contendrán la decisión, que deberá ser motivada.

Expresarán, además, los recursos y acciones que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

4. En ningún caso podrá la administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto en la Constitución.

5. La aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) La resolución que ponga fin al procedimiento, decidirá sobre todas las cuestiones respecto de las cuales, haya versado el procedimiento administrativo, más si la Administración, advirtiese la existencia de otras cuestiones, no sometidas al escrutinio

procedimental pero que sin embargo se tengan por conexas, ésta podrá pronunciarse sobre las mismas; concediendo a los interesados, el plazo de quince días, para que puedan presentar las alegaciones y medios de prueba, las mismas que guardan concordancia con las cuestiones conexas advertidas.

b) El órgano competente, resolverá el procedimiento administrativo, en razón de las pretensiones formuladas por el interesado y en definitiva, en razón de la prueba aportada por los sujetos intervinientes y por la misma Administración, cuando lo hubiese hecho de oficio, sin perjuicio, de iniciar un nuevo procedimiento, ante el apareamiento de nuevos hechos que deben ser sujetos de escrutinio administrativo. La resolución, deberá estar ajustada a derecho y de ninguna manera, causará perjuicio injustificado al interesado.

c) Las resoluciones administrativas, deberán ser debidamente motivadas; y además, deberán expresar los recursos judiciales o administrativos que proceden contra éstas, los plazos para interponerlos en cada sede, y demás información que garantice la defensa del interesado.

d) Por ningún concepto, la Administración podrá abstenerse de resolver, alegando oscuridad o inconformidad de la norma jurídica. Sin embargo, podrá resolver la inadmisibilidad de solicitudes que persigan el reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o que carezcan de fundamento alguno; sin perjuicio de que el interesado pueda ejercer su derecho de petición.

e) Los informes previos a la resolución, se tendrán por vinculantes, cuando éstos hayan sido incorporados a la misma.

4.3.4.6. DEL DESISTIMIENTO Y LA RENUNCIA:

“Art. 157.- Ejercicio.

1. Todo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el ordenamiento jurídico, renunciar a sus derechos.

2. Si el escrito de iniciación se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia sólo afectará a aquéllos que la hubiesen formulado.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

- a) El interesado podrá desistir del procedimiento o en su defecto, renunciar al derecho que persigue, en tanto y en cuanto, así lo disponga la ley pertinente.
- b) Si la solicitud de iniciación, hubiese sido formulada por dos o más interesados, el desistimiento o renuncia, solamente afectará a quien lo hubiere propuesto.

“Art. 158.- Medios y efectos.

1. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia.

2. La administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declarará concluso el procedimiento salvo que, habiendo comparecido en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento.

3. Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

- a) Tanto el desistimiento así como la renuncia; deberán hacerse por escrito, es decir, expresamente, salvo las conclusiones arriba expuestas, en las que se colige el desistimiento tácito.
- b) La Administración, aceptará, sin aseveraciones adicionales, el desistimiento o renuncia y por este concepto, concluirá el procedimiento administrativo, salvo que en el mismo, intervinieren terceros interesados, y éstos solicitaren la continuación del mismo.
- c) Si las cuestiones de hecho sobre las cuales versa el procedimiento administrativo, convocan al interés público, podrá declararse el desistimiento o renuncia respecto del solicitante de tal medida de terminación, y continuarse el procedimiento, de oficio.

4.3.4.7. DE LA CADUCIDAD:

“Art. 159.- Requisitos y efectos.

1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la administración le advertirá que, transcurridos dos meses, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándosele al interesado.

Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.

2. No podrá resolverse la caducidad por la simple inactividad del interesado en el cumplimiento de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite.

3. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

4. Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente suscitarse para su definición y esclarecimiento.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) En los procedimientos administrativos, los cuales, sean incoados a petición del interesado, serán susceptibles de caducidad, cuando el interesado no impulsare el mismo por el lapso de dos meses ininterrumpidos; respecto de lo cual, le advertirá la Administración.

b) La caducidad no será aplicable respecto de la simple inactividad del interesado en el cumplimiento de trámites no indispensables; lo que solamente, causará la pérdida del derecho para los mismos.

c) La caducidad no producirá efectos de prescripción respecto de las acciones inherentes a los interesados o a la Administración, más la caducidad declarada no interrumpirá el plazo de la prescripción.

d) La caducidad, no podrá ser aplicable, en tanto y en cuanto, la cuestión materia del procedimiento administrativo, convocare el interés general o fuese conveniente suscitara para su definición y esclarecimiento.

4.3.4.8. DE LA EJECUCIÓN:

“Art. 160.- Título.

1. Las Administración Pública no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.

2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) La Administración no podrá ejecutar ninguna acción material, en tanto y en cuanto, no exista un acto administrativo previo o ley que le sirva de sustento jurídico.

b) El órgano que haya ordenado una acción material, estará en la obligación de notificar al repercutido con aquél.

“Art. 161.- Ejecutoriedad.- Los actos de las Administración Pública serán inmediatamente ejecutivos salvo los casos de suspensión y en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario o necesiten aprobación o autorización superior.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos de la Administración, se tendrá por ejecutivos, desde el momento mismo de su notificación, en caso de no ser impugnados, o en su defecto, desde el momento mismo en que estos fuesen declarados en firme y definitivos, con excepción de aquellos los cuales supongan supuestos de suspensión, o cuando una disposición disponga en contrario o cuando necesiten de una aprobación superior.

“Art. 162.- Ejecución forzosa.- La Administración Pública, a través de sus órganos competentes en cada caso, podrán proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos, salvo en los supuestos en que se suspenda la ejecución de acuerdo con la ley, o cuando la Constitución o la ley exijan la intervención de los tribunales para efectos de dicha ejecución.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la Administración Pública, podrá ejecutar sus actos administrativos, de manera forzosa, previo apercibimiento de ley, salvo en aquellos casos en los que la ley suponga la suspensión del acto; o en su defecto, cuando la norma constitucional o legal, demande la intervención de los órganos de justicia competentes para su ejecución.

“Art. 163.- Medios de ejecución forzosa.

1. La ejecución forzosa por la Administración Pública Central se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, y por los medios previstos en la ley.

2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.

3. Si fuese necesario entrar en el domicilio del afectado, la Administración Pública deberán obtener el consentimiento del mismo o, en su defecto, la oportuna autorización judicial.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) La ejecución forzosa de un acto administrativo, será practicada mediante los medios que prevé la ley para tales efectos, en observancia del principio de proporcionalidad.

b) Si fuesen varios los medios de ejecución, se preferirá el menos riguroso.

c) Si fuese necesario, para el cumplimiento del acto, el allanamiento del domicilio del afectado, se requerirá, o bien el consentimiento del mismo o en su defecto, la autorización judicial correspondiente.

“Art. 164.- Apremio sobre el patrimonio.

1. Si en virtud de acto administrativo hubiera de satisfacerse cantidad de dinero, se seguirá el procedimiento coactivo previsto en el Código Tributario, salvo lo previsto en leyes especiales.

2. En cualquier caso no podrá imponerse a los administrados una obligación pecuniaria que no estuviese establecida con arreglo a una norma de rango legal.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Si el acto administrativo hubiese de tenerse por ejecutado, mediante la entrega de dinero, se aplicará el procedimiento coactivo correspondiente.

b) Al administrado, no podrá imponérsele una sanción pecuniaria, salvo cuando la ley expresamente así lo determine.

“Art. 165.- Compulsión sobre las personas.

1. Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o de soportar, podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución.

2. Si, tratándose de obligaciones personalísimas de hacer, no se realizase la prestación, el obligado deberá resarcir los daños y perjuicios, a cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Los actos administrativos que supongan obligaciones personalísimas de hacer o soportar, serán ejecutados en compulsión directa a las personas que estén obligadas por mandato de la ley, a cumplir con la finalidad de dichos actos, más, la Administración deberá garantizar los derechos constitucionales del afectado, durante el proceso de ejecución.

b) Cuando se tratase de obligaciones de no hacer, y el afectado, contraviniera dicha disposición contenida en acto en firme y definitivo, éste será penado con el resarcimiento de perjuicios y daños, cuya liquidación y cobro se practicará en sede administrativa.

“Art. 166.- Prohibición de interdictos.- No se admitirán a trámite incidentes contra las actuaciones de los órganos administrativos realizadas en materia de su competencia y de acuerdo con el procedimiento legalmente establecido.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la Administración, no admitirá incidentes contra las actuaciones de los órganos administrativos ejecutadas en razón de sus competencias y en conformidad con los procedimientos legalmente establecidos para tales efectos.

Por su parte, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización, al referir al procedimiento administrativo, precisa normas análogas, es así que:

“Art. 382.- Principios.- Los procedimientos administrativos que se ejecuten en los gobiernos autónomos descentralizados observarán los principios de legalidad, celeridad, cooperación, eficiencia, eficacia, transparencia, participación, libre acceso al expediente, informalidad, inmediatez, buena fe y confianza legítima.

Los procedimientos administrativos no regulados expresamente en este Código estarán regulados por acto normativo expedido por el correspondiente gobierno autónomo descentralizado de conformidad con este Código. Dichas normas incluirán, al menos, los plazos máximos de duración del procedimiento y los efectos que produjere su vencimiento.

Para formular peticiones ante los gobiernos autónomos descentralizados no se requiere patrocinio de un profesional del derecho y podrá presentarse en forma escrita o verbal, haciendo una relación sucinta y clara de la materia del reclamo.

Para facilitar la formulación de solicitudes, recursos o reclamos, las administraciones de los gobiernos autónomos descentralizados deberán implementar formularios de fácil comprensión y cumplimiento, por áreas de servicio de cada dependencia.

En los gobiernos autónomos descentralizados en cuya circunscripción territorial se pueda acceder fácilmente a medios informáticos y digitales, se deberán aceptar solicitudes y escritos por dichos medios, con igual validez que los presentados en medios impresos.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Que los procedimientos administrativos ejecutados por los Gobiernos Autónomos Descentralizados, se regirán por los principios de legalidad, celeridad, cooperación, eficiencia, eficacia, transparencia, participación, libre acceso al expediente, informalidad, inmediatez, buena fe y confianza legítima.

b) Que los Gobiernos Autónomos Descentralizados, gozan de la plena facultad legal, en el ejercicio de su facultad legislativa, dictar actos normativos que regulen los procedimientos administrativos internos.

c) Que; para la interposición de solicitudes o reclamos administrativos, los particulares o el administrado, no necesitará de patrocinio de abogado, sin perjuicio, de que pueda concurrir en aquello.

d) Que los Gobiernos Autónomos Descentralizados, elaborarán formularios estándar, con la finalidad de que el administrado o el particular, pueda formular sus peticiones o reclamos; modelos que deberán ser difundidos en legal forma, para el conocimiento universal de la comunidad. Adicionalmente, los Gobiernos Autónomos Descentralizados, implementarán mecanismos informáticos o digitales, con la finalidad, de que por intermedio de los mismos, se canalicen sus solicitudes, reclamos y denuncias.

“Art. 383.- Potestad resolutoria.- Corresponde a los directores departamentales o quienes hagan sus veces en la estructura organizacional de los gobiernos autónomos descentralizados, en cada área de la administración, conocer, sustanciar y resolver solicitudes, peticiones, reclamos y recursos de los administrados, excepto en las materias que por normativa jurídica expresa le corresponda a la máxima autoridad administrativa.

El ejercicio de la facultad de resolver en el gobierno autónomo descentralizado parroquial rural corresponde al presidente o presidenta de la junta parroquial rural.

Los funcionarios de los gobiernos autónomos descentralizados que estén encargados de la sustanciación de los procedimientos administrativos serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía o retraso en la tramitación de procedimientos.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Los Directores Departamentales que integran la estructura organizacional de cada Gobierno Autónomo Descentralizado, está en la obligación legal de conocer, sustanciar y resolver las solicitudes y reclamos sometidos a su conocimiento; excepto en aquellos casos en los que le corresponde expresamente a la máxima autoridad administrativa, salvo delegación administrativa.

b) En los casos de los Gobiernos Autónomos Descentralizados Parroquiales, a quien corresponde conocer, sustanciar y resolver las solicitudes, reclamos y recursos de los administrados, es al Presidente; de manera privativa, exclusiva y unitaria.

c) Los instructores de los procedimientos administrativos, son responsables de garantizar la celeridad y eficiencia así como la eficacia de los trámites que sustancia, so pena de responsabilidad administrativa, para lo cual, adoptará todas las medidas que la ley le faculte, a fin de conseguir la consecución de tales fines.

“Art. 384.- Delegación y avocación.- Previa notificación a la máxima autoridad, los funcionarios administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados podrán delegar el ejercicio de la facultad de resolver a otro funcionario de nivel inferior de autoridad, mediante acto motivado expreso.

El funcionario que delega no tendrá responsabilidad por los actos u omisiones ulteriores de su delegatario.

Los organismos administrativos jerárquicamente superiores de los gobiernos autónomos descentralizados podrán avocar para sí el conocimiento de un asunto cuya resolución corresponda por atribución propia o por delegación a los órganos dependientes, cuando lo estimen pertinente por motivos de oportunidad técnica, económica, social, jurídica o territorial.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) El funcionario instructor del procedimiento administrativo, podrá delegar sus atribuciones sobre este aspecto, a un funcionario de menor jerarquía; para lo cual, expedirá el acto administrativo correspondiente, el cual deberá ser motivado.

b) El delegante, por razones de la delegación; no tendrá responsabilidades, respecto de las acciones u omisiones en que incurra el delegatario, en el ejercicio de la delegación.

c) Los órganos superiores en grado; inherentes a los Gobiernos Autónomos Descentralizados, podrán avocar conocimiento de los asuntos que corresponden; por mandato de la ley, a los órganos inferiores; estrictamente por razones de oportunidad técnica, económica, social, jurídica o territorial. Para estos efectos, se emitirá el acto administrativo de rigor, el mismo que será notificado al funcionario administrativo avocado.

“Art. 385.- Diligencias probatorias.- De existir hechos que deban probarse, el órgano respectivo del gobierno autónomo descentralizado dispondrá, de oficio o a petición de parte interesada, la práctica de las diligencias probatorias que estime pertinentes, dentro de las que podrán constar la solicitud de informes, celebración de audiencias, y demás que sean admitidas en derecho.

De ser el caso, el término probatorio se concederá por un término no menor a cinco días ni mayor de diez días.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige, que dentro de los procedimientos administrativos, en tanto y en cuanto, existan hechos que deban probarse, de oficio o a petición del interesado; se podrá declarar la apertura de un término probatorio, por el lapso de cinco días y máximo de diez días, dentro del cual, se practicará cuanta diligencia probatoria fuese necesaria para el debido esclarecimiento de la verdad, tales como, informes periciales, celebración de audiencias y más acciones de prueba, previstas en la ley.

“Art. 386.- Obligación de resolver.- La administración está obligada a dictar resolución expresa y motivada en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma y contenido.

Los gobiernos autónomos descentralizados podrán celebrar actas transaccionales llegando a una terminación convencional de los procedimientos, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la Administración Seccional, está en la obligación de resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, en forma expresa y motivada, de lo cual, se hará participe al administrado o interesado. Sin embargo, la Administración Seccional, podrá celebrar acuerdos transaccionales, con la finalidad de terminar el procedimiento administrativo, de manera convencional; salvo que se traten de materias, que por su naturaleza, se reputan como no transaccionales.

“Art. 387.- Plazo para resolución.- El plazo máximo en el que debe notificarse la resolución, dentro de los respectivos procedimientos, será el que se fije mediante acto normativo en cada nivel de gobierno, observando el principio de celeridad. Si la normativa del gobierno autónomo descentralizado no contiene un plazo máximo para resolver, éste será de treinta días.

La falta de contestación de la autoridad, dentro de los plazos señalados, en la normativa del gobierno autónomo descentralizado o en el inciso anterior, según corresponda, generará los efectos del silencio administrativo a favor del

administrado, y lo habilitará para acudir ante la justicia contenciosa administrativa para exigir su cumplimiento.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la Administración Seccional, goza de un plazo máximo de treinta días, para resolver los asuntos sometidos a su conocimiento y resolución, salvo acto normativo en contrario, dictado por ella.

Si la Administración Seccional, no emite el acto administrativo de rigor, como respuesta a un acto administrativo específico, dentro del plazo antes señalado o en el que haya previsto en acto normativo firme y definitivo, causará estado el silencio administrativo positivo, a favor del administrativo, quien podrá acudir a la justicia contenciosa administrativa a hacer valer sus derechos autónomos derivados del silencio administrativo causado.

“Art. 388.- Abstención o excusa.- Las autoridades y el personal de los gobiernos autónomos descentralizados en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en este artículo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

Son motivos de abstención o excusa los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate, o en otro en cuya resolución pudiera influir; entre otros, el hecho de ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado;

b) Tener parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquiera de los interesados, con los administradores de personas jurídicas interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con estos para el asesoramiento, la representación o el mandato del interesado;

c) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate; y,

d) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en el año inmediato anterior, servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

La actuación de autoridades y personal al servicio en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

Los órganos superiores podrán ordenar a las personas en quienes se dé alguna de las circunstancias señaladas que se abstengan de toda intervención en el expediente.

La no abstención, en los casos en que proceda, dará lugar a responsabilidad en los términos de la Constitución y la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Los funcionarios administrativos, que incurran en alguna de las causales de abstención o excusa para tramitar y resolver los asuntos sometidos a su conocimiento, informarán de tal inhabilidad al inmediato superior, con la finalidad de designar a otro, para que desempeñe equivalentes funciones; lo que se materializará mediante acto administrativo expreso y motivado. Este acto deberá ser notificado al funcionario provocante.

b) Son causales de excusa, las siguientes: 1) Tener interés personal en el asunto de que se trate, o en otro en cuya resolución pudiera influir; entre otros, el hecho de ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado; 2) Tener parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquiera de los interesados, con los administradores de personas jurídicas interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con estos para el asesoramiento, la representación o el mandato del interesado; 3) Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate; y, 4) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en el año inmediato anterior, servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

Respecto de la primera causal de excusa o abstención, se colige que el funcionario administrativo, que tenga interés directo en el asunto sometido a su conocimiento y resolución, es decir, que mantenga un vínculo jurídico con aquél y por ende con el administrado o interesado; se tendrá por inhábil legalmente. Respecto de la segunda causal de excusa o abstención, se colige que el funcionario administrativo, que guarde parentesco por afinidad o consanguinidad con el interesado o sus derivados (asesores, representantes legales, apoderados, mandatarios, patrocinadores legales, etc.), sea en cualquiera de los grados previstos en la ley, se tendrá por inhábil. Respecto de la tercera causal de excusa o abstención, se colige que si el instructor del procedimiento administrativo, ha intervenido en aquél, en calidad de perito o testigo, previo a su designación, se tendrá por inhábil. Respecto de la cuarta causal de excusa o abstención, se colige que si el funcionario administrativo, de manera previa, o hasta un año anterior, ha mantenido relaciones de servicio con el interesado, se tendrá por inhábil.

c) Sin perjuicio de que el funcionario administrativo, haya intervenido en el procedimiento administrativo; incurriendo en cualquiera de las causales de excusa previstas en la ley, no implicará por esto la invalidez de los actos en que haya intervenido, por tratarse de una desviación de poder.

d) Los órganos superiores en grado de los Gobiernos Autónomos Descentralizados, dispondrán al inferior, que se abstenga de tramitar un procedimiento administrativo específico, si verifica que aquel incurre en alguna de las causales de excusa previstas en la ley.

e) Si el funcionario administrativo, no presenta su excusa, en el efecto de que incurra en alguna de las causales previstas en la ley, responderá administrativa, civil y penalmente por tal omisión; todo esto, de acuerdo a lo que disponga la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado.

“Art. 389.- Recusación.- En los casos previstos en el artículo anterior podrá promoverse recusación por los interesados en cualquier momento de la tramitación del procedimiento. La recusación se planteará por escrito en el que se expresará la causa o causas en que se funda. En el día siguiente el recusado manifestará a su inmediato superior, si se da o no en él la causa alegada. El superior podrá acordar su sustitución inmediata en el conocimiento del trámite.

Si el recusado niega la causa, el superior resolverá en el plazo de tres días, previos los informes y comprobaciones que considere oportunos.

Contra las resoluciones adoptadas en esta materia no cabrá recurso alguno, sin perjuicio de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Si el funcionario administrativo, incurre en alguna de las causales de excusa previstas en la ley y éste no se excusare de oficio, el interesado podrá solicitar la recusación de aquél, lo que deberá hacerlo por escrito; expresando los fundamentos fácticos y jurídicos en los que se sustenta. El recusado, al día siguiente a la fecha de presentación de la recusación, a ésta, la elevará en grado, a fin de que el superior, emita el pronunciamiento de rigor, desechando o aceptando la recusación. En caso de aceptarla, se sustituirá inmediatamente al recusado.

b) Si el recusado niega la causal que se le imputa, el órgano superior en grado, resolverá la controversia en el término de tres días; previa la evacuación de informes y más acciones de prueba que fueren pertinentes.

c) Contra la decisión que verse sobre la recusación, no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que el interesado, la alegue mediante recurso administrativo propuesto en contra del acto final.

Art. 390.- Medidas provisionales.- El órgano administrativo competente, de oficio o a petición de parte, en los casos de urgencia, por razones de orden público o para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas provisionales correspondientes en los supuestos previstos en la normativa correspondiente.

Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o extinguidas cuando se inicie el procedimiento administrativo que corresponda, el cual deberá efectuarse, como máximo, dentro de los diez días siguientes a su adopción.

Dichas medidas provisionales quedarán sin efecto si no se inicia el procedimiento en dicho plazo o si, al iniciar el procedimiento, no se contiene un pronunciamiento expreso acerca de las mismas.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales.

Las medidas provisionales podrán ser modificadas o revocadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a petición de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción.

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) El órgano instructor, con la finalidad de garantizar el interés público y los intereses involucrados en el asunto materia del procedimiento administrativo, adoptará las medidas provisionales que fueren necesarias para tales efectos. La adopción de las medidas; se hará con arreglo a la ley.

b) Las medidas provisionales, deberán ser adoptadas al momento de iniciar el procedimiento administrativo; pudiendo ser confirmadas, extinguidas o reformadas; en dicho estadio, lo que implica, que el procedimiento administrativo, inicie en el plazo de diez días contados desde la fecha de la decisión relativa a las medidas provisionales adoptadas.

c) Las medidas provisionales, quedarán sin efecto, si no se iniciare el procedimiento administrativo correspondiente, en el plazo referido en el literal que antecede, o en su defecto, si iniciado el procedimiento, no se precisare en el acto inicial, un pronunciamiento expreso; referencial a las mismas.

d) No se adoptarán medidas provisionales que por su naturaleza causen perjuicio irreparable al administrado, lo que constreñirá a la Administración, a la aplicación de medidas menos rigurosas.

e) Las medidas provisionales, podrán ser revocadas o modificadas, de oficio o a petición de parte, durante la tramitación del procedimiento administrativo, en tanto y en

cuanto, hayan sobrevenido circunstancias posteriores, que al momento de la adopción de las medidas, se tenían por desconocidas.

4.3.5.- LA NULIDAD, ANULABILIDAD Y REVOCACION DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y MÁS ACCIONES DE LA ADMINISTRACION, ASÍ COMO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS ACTOS NORMATIVOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA:

El Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, respecto de la nulidad, anulabilidad y revocación de los actos y hechos de la Administración, supone las siguientes normas específicas:

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

a) Aquellos actos dictados por un órgano incompetente por razones de materia, territorio o tiempo;

b) Aquellos actos cuyo objeto sea imposible o constituya un delito; y,

c) Aquellos actos cuyos presupuestos fácticos no se adecuen manifiestamente al previsto en la norma legal que se cita como sustento.

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

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos y hechos, en lo que fuere legalmente pertinente, son nulos de pleno derecho, cuando:

a) Han sido dictados o ejecutados, en tratándose de los hechos, por una autoridad manifiestamente incompetente en razón del territorio, el grado o el tiempo.

b) Se reputan por imposibles en lo fáctico o constituyen delito.

c) No existe congruencia entre los presupuestos fácticos del acto y la norma jurídica invocada como sustento de tales presupuestos. (Esta causal es puramente para los actos de la administración)

d) Satisfacen un interés particular, de naturaleza ilegítima, contraviniendo a la finalidad misma del acto o hecho.

e) No han sido motivados en legal forma; siendo en el caso de los hechos, cuando éstos, carecen de sustento jurídico para su materialización.

“Art. 95.- VICIOS SUSCEPTIBLES DE CONVALIDACION.- Todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que las señaladas en el artículo anterior, inclusive la desviación de poder, son anulables y por lo tanto podrán ser convalidados por la autoridad tan pronto como dichos vicios sean encontrados con el propósito de garantizar la vigencia del ordenamiento jurídico. La convalidación de los actos regirá desde la fecha en que se expide el acto convalidatorio.

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

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Todo acto o hecho que incurra en cualquier infracción al ordenamiento jurídico, incluyendo la desviación de poder, son anulables y en consecuencia, son susceptibles de convalidación. El acto convalidatorio, no surte efectos retroactivos.

b) Si el vicio del acto; es de incompetencia en razón del grado, la autoridad superior, lo convalidará; en tanto que si el vicio consiste en la falta de alguna autorización, éste podrá ser subsanado, emitiéndose aquella; con cargo al órgano competente.

“Art. 129.- Nulidad de pleno derecho.

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

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

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

c. Los que tengan un contenido imposible;

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

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

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

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

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

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la nulidad de pleno derecho de los actos y hechos de la administración, opera en los siguientes casos:

- a) Cuando contravienen contra expresas disposiciones constitucionales, entre ellas, violación de derechos y garantías inherentes al administrado.
- b) Cuando han sido dictados por un órgano manifiestamente incompetente; en razón del territorio, grado o tiempo.
- c) Cuando se reputen por imposibles.
- d) Cuando constituyan infracción penal o se tengan como consecuencia del cometimiento de una falta penal.
- e) Cuando han sido emitidos o ejecutados, omitiendo o prescindiendo de las formalidades legales que les son inherentes.
- f) Cuando instituyen derechos y facultades, con expresa prohibición del ordenamiento jurídico (aplicable exclusivamente para los actos de la administración)
- g) Cuando incurren en las demás causales de nulidad previstas en otras leyes conexas.
- h) Las disposiciones administrativas, que vulneran el ordenamiento jurídico superior (Constitución, Tratados Internacionales, Leyes Superiores, etc.)

“Art. 130.- Anulabilidad.

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

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

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo, salvo que se hubiese producido el silencio administrativo, en cuyo caso, la actuación será nula de pleno derecho.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

- a) Los actos o hechos de la administración, son anulables, cuando contravienen al ordenamiento jurídico, de manera leve, incluyéndose la desviación de poder.
- b) En tratándose de los actos, el defecto de forma, constituirá anulabilidad, cuando aquellos, adolezcan de los requisitos que le son sustanciales para la consecución de su finalidad o cuando vulneren el derecho a la defensa del o de los interesados.
- c) La realización de actuaciones administrativas, practicadas fuera del tiempo, se tendrá por anulables, cuando la naturaleza del plazo vulnerado, expresamente así lo disponga; salvo que hubiese causado estado el silencio administrativo, en cuyo caso estaremos ante actuaciones nulas de pleno derecho.

“Art. 131.- Transmisibilidad.

1. La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos actos en el procedimiento que sean independientes del primero.

2. La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

- a) La nulidad o anulabilidad de un acto; no implica la de los sucesivos, en tanto y en cuanto, se tengan por independientes del acto anulado o nulo.
- b) La nulidad o anulabilidad de la parte de un acto, no invalidará las otras partes de aquél, que subsistan de manera independiente, con excepción del caso, en el que la parte viciada, sea de tal importancia, que si en ella, el acto se tendría por inexistente.

“Art. 132.- Conversión de actos viciados.

Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los actos nulos o anulables, que contengan elementos de un acto distinto, producirán los efectos de éste; aunque haya operado la nulidad o anulabilidad de aquel.

“Art. 133.- Conservación de actos y trámites.

El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la Administración, en razón de la declaratoria de nulidad o anulabilidad de un acto o hecho o en su plural, precautelaré la validez de los actos y hechos intactos, es decir, que no hayan mutado por razones de la nulidad o anulabilidad declarada.

“Art. 134.- Convalidación.

- 1. La administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan.**
- 2. El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto anteriormente para la retroactividad de los actos administrativos.**
- 3. Si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado.**
- 4. Si el vicio consistiese en la falta de alguna autorización, podrá ser convalidado el acto mediante el otorgamiento de la misma por el órgano competente.”**

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

- a) La Administración, goza de la capacidad legal para convalidar los actos anulables, mediante la subsanación.
- b) El acto convalidatario, no surte efectos retroactivos.

c) El acto dictado o hecho ejecutado con manifiesta incompetencia en razón del grado, será subsanada por el órgano superior en grado; mediante la emisión del acto convalidatorio.

d) Si para la emisión del acto o ejecución del hecho, no se dispuso de alguna autorización previa y necesaria, la autoridad podrá convalidarlos, mediante la emisión de la respectiva autorización, por parte del órgano competente.

“Art. 167.- Revisión de disposiciones y actos nulos.

1. La Administración Pública Central, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declarará de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en este estatuto.

2. Asimismo, en cualquier momento, el máximo órgano de la Administración Pública Central, sea ésta adscrita o autónoma, de oficio, y previo dictamen favorable del Comité Administrativo, podrá declarar la nulidad de actos normativos en los supuestos previstos en este estatuto.

3. El órgano competente para la revisión de oficio podrá acordar motivadamente la inadmisión a trámite de las solicitudes formuladas por los interesados, sin necesidad de recabar dictamen del Comité Administrativo cuando las mismas no se basen en alguna de las causas de nulidad de este estatuto o carezcan manifiestamente de fundamento, así como en el supuesto de que se hubieran desestimado en cuanto al fondo otras solicitudes sustancialmente iguales.

4. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central autónoma, al declarar la nulidad de una disposición o acto, podrán establecer, en la misma resolución, si caben indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados, las cuales deberán ser liquidadas ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo correspondiente, en la vía de ejecución pertinente.

5. Cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, el transcurso del plazo de tres meses desde su inicio sin dictarse resolución producirá la caducidad del

mismo. Si el procedimiento se hubiera iniciado a solicitud de interesado, se podrá entender la misma estimada por silencio administrativo.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) La Administración, goza de la plena capacidad legal para declarar; de oficio, la nulidad de los actos dictados por ella, sean como resultado de la finalización de un procedimiento administrativo o en su defecto, de aquellos recurridos en plazo, en conformidad a las causales previstas en los literales antes referidos.

b) Asimismo, la Administración, goza de la plena capacidad legal para declarar la nulidad de actos normativos, previo dictamen favorable del Comité Administrativo; al tenor de las causales antes precisadas.

c) El órgano competente para revisar de oficio, los actos de la Administración, es capaz, aleatoriamente, para declarar la inadmisibilidad de solicitudes deducidas por los interesados, que tengan por finalidad, la declaratoria de nulidad de un acto de la administración, sin necesidad de contar con dictamen favorable del Comité Administrativo; en tanto y en cuanto, la solicitud carezca de sustento suficiente, es decir, que no precise la causal o en su defecto, las cuestiones fácticas y de derecho que supongan la materialidad de la causal que invoque el interesado para sostener su pretensión.

d) El Presidente de la República así como los Ministros de Estado, al momento de declarar la nulidad de un acto; determinará; en la misma resolución, si cabe la indemnización de perjuicios a favor del interesado y si es así, la capacidad de éste, para recurrir al órgano jurisdiccional competente, para efectos de liquidación.

e) Cuando el procedimiento, hubiese sido iniciado de oficio y se mantuviese inactivo por más de tres meses contados desde su iniciación, operará la caducidad del mismo; en tanto, que si el procedimiento, ha sido iniciado a petición de parte, se entenderá ésta, por efectos del silencio administrativo.

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

1. El Presidente de la República, los ministros de Estado o las máximas autoridades de la Administración Pública Central podrán declarar lesivos para el

interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en este estatuto, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso - administrativo.

2. La declaración de lesividad no podrá adoptarse una vez transcurridos tres años desde que se dictó el acto administrativo y exigirá la previa audiencia de cuantos aparezcan como interesados en el mismo.

3. Transcurrido el plazo de tres meses desde la iniciación del procedimiento sin que se hubiera declarado la lesividad se producirá la caducidad del mismo. La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) El Presidente de la República, los Ministros de Estado y demás autoridades de la Administración, podrán declarar; de oficio, la lesividad de actos favorables al interesado y anulables, con la finalidad de que, sean susceptibles, en el efecto ulterior, de la impugnación correspondiente ante el órgano jurisdiccional competente.

b) La declaración de lesividad de un acto anulable, no podrá ser declarada sino dentro del plazo de tres años contados desde la fecha de emisión del acto lesivo; y será indispensable audiencia previa.

c) La acción de lesividad de un acto anulable, será susceptible de caducidad, en tanto no se hubiese ejercido en el plazo de tres meses contados desde la fecha de la declaratoria de lesividad.

“Art. 169.- Suspensión.- Iniciado el procedimiento de revisión de oficio, el órgano competente para resolver suspenderá la ejecución del acto, cuando éste pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.”

De la revisión del artículo que se supra invoca, se colige que, toda vez iniciado el procedimiento de revisión de oficio de un acto de la administración, el órgano competente podrá declarar la suspensión de aquél, en tanto constate que en el efecto, pudiese causar daños irreparables al administrado o interesado.

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

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

2. La Administración Pública Central podrá, asimismo, rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) La Administración Pública, podrá en cualquier momento, revocar sus actos, en tanto y en cuanto, la acción revocatoria no se repute como dispensa o exención ilegítima, o contravenga al interés público o al ordenamiento jurídico.

b) Asimismo, la Administración, podrá rectificar en cualquier momento, errores materiales, de hecho o aritméticos; lo que podrá hacerlo, de oficio o en su defecto, a petición de parte.

“Art. 171.- Límites de la revisión.- Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes.”

La facultad de revisión de oficio, no será ejercitada, cuando por razones de prescripción, o por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias irregulares, se tenga por contraria al ordenamiento jurídico, a la equidad, o a los derechos subjetivos o reflejos del interesado.

Por su parte, el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, respecto de la nulidad de los actos y procedimientos administrativos, sostiene:

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

a) La incompetencia de la autoridad, funcionario o empleado que haya dictado la resolución o providencia.

b) La omisión o incumplimiento de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, de acuerdo con la ley cuya violación se denuncia, siempre que la omisión o incumplimiento causen gravamen irreparable o influyan en la decisión.”

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

a) Que la resolución o el procedimiento administrativo; son susceptibles de nulidad, en tanto y en cuanto, haya intervenido para su materialización, una autoridad administrativa, manifiestamente incompetente.

b) Que la resolución o el procedimiento administrativo, son susceptibles de nulidad, cuando se hayan omitido o prescindido de las formalidades que son sustanciales para iniciar un procedimiento o dictar una resolución administrativa, siempre y cuando, tal omisión o prescindencia, haya influido en la decisión de la causa o en su defecto, haya causado gravamen irreparable a las partes intervinientes en el procedimiento administrativo.

Por su parte; el Art. 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sostiene respecto de la nulidad de los contratos administrativos, lo que sigue:

“Art. 65.- Nulidad del contrato.- Los contratos regidos por esta Ley serán nulos en los siguientes casos:

1. Por las causas generales establecidas en la Ley;

2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,

3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las

responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que los contratos administrativos, son susceptibles de nulidad, en los siguientes casos:

a) Por las causas generales previstas en la ley, entre ellas, las previstas en el Código Civil; es decir, cuando el contrato carece de objeto lícito, causa lícita, consentimiento y capacidad.

b) Cuando hubieren intervenido en la suscripción del contrato, un órgano estatal manifiestamente incompetente o en su plural o de manera bilateral entre dos entes de derecho público, o un particular, manifiestamente inhábil.

c) Cuando se hubieren omitido las formalidades legales preexistentes para la materialidad del contrato administrativo, es decir, cuestiones procedimentales y de formalización del mismo.

e) Quien ejerce la acción de nulidad de un contrato administrativo, es el Procurador General del Estado, lo que equivaldrá responsabilidad administrativa, civil o penal, al funcionario público causante de la nulidad.

Por su parte, el Art. 34 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, cuando refiere a la cancelación del procedimiento administrativo-precontractual, sostiene: *“Art. 34.- Cancelación del procedimiento.- En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos:*

- 1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;*
- 2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,*
- 3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual.”*

De la revisión del artículo que antecede, se colige:

Que en cualquier momento; entre la convocatoria al procedimiento precontractual y veinticuatro horas antes de la fecha establecida para la presentación de las ofertas, la entidad contratante podrá declarar la cancelación del procedimiento; sin reconocer indemnización alguna. Para estos efectos, la entidad contratante emitirá el respectivo acto administrativo, el cual deberá ser motivado. Según el artículo en revisión, son causales para la declaratoria de cancelación del procedimiento administrativo-precontractual, las siguientes:

- a) Desaparecimiento de la necesidad para la contratación.
- b) Cuando se reformare de manera sustancial el objeto primitivo de la contratación.
- c) Cuando el procedimiento precontractual, adoleciere de vicio sustancial.

Por su parte, el Art. 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, sostiene: *“Art. 33.- Declaratoria de procedimiento desierto.- La máxima autoridad de la Entidad Contratante, siempre antes de resolver la adjudicación, declarará desierto el procedimiento de manera total o parcial, en los siguientes casos:*

- 1. Por no haberse presentado oferta alguna;*
- 2. Por haber sido inhabilitadas las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos;*
- 3. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente; y,*
- 4. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas.*

Una vez declarado desierto el procedimiento, la máxima autoridad podrá disponer su archivo o su reapertura.

La declaratoria definitiva de desierto cancelará el proceso de contratación y por consiguiente se archivará el expediente.

La declaratoria de desierto o cancelación no dará lugar a ningún tipo de reparación o indemnización a los oferentes.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige:

Que la declaratoria de desierto del procedimiento precontractual, procede antes de la declaratoria de adjudicación del contrato, en tanto que, esta condición legal, podrá ser total o parcial, sin lugar a reparos indemnizatorios. Las causales para la declaratoria de procedimiento desierto, son las siguientes:

- a) Cuando no se hubiese presentado ninguna oferta.
- b) Cuando todas las ofertas hubiesen sido inhabilitadas, por incumplir con las condiciones específicas para el efecto, según los pliegos.
- c) Cuando el contrato no se celebrare, por causas imputables al adjudicatario, lo que significa que la declaratoria de procedimiento desierto, puede ser declarada al momento de la suscripción del contrato.
- d) Cuando el objeto del contrato, fuese impertinente a las necesidades institucionales, sea esto, por razones técnicas, económicas o jurídicas.

Cuando la autoridad contratante, declare desierto un procedimiento precontractual, podrá ordenar su archivo o en su defecto, su reapertura; esto último, si persiste la necesidad institucional. Cuando la autoridad contratante, declare el procedimiento como desierto, automáticamente ordenará el archivo del expediente, salvo la excepción prevista anteriormente.

En cuanto a la inconstitucionalidad e incumplimiento de los actos normativos y actos administrativos de carácter general, el Art. 436 de la Constitución de la República del Ecuador, en su parte pertinente, sostiene:

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

...2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública.

La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias...”

De la revisión de los artículos que anteceden, se colige que los actos normativos y los actos administrativos de carácter general, son susceptibles de inconstitucionalidad e incumplimiento, según el vicio, siendo así, que la inconstitucionalidad, opera fundamentalmente cuando el acto general, vulnera la norma constitucional o la inobserva, en tanto que el incumplimiento, opera cuando la Administración, incumple la norma jurídica superior, sea por inactividad o emitiendo actos o cualquier especie de manifestación o convención administrativa que inobserve el ordenamiento legal vigente.

4.3.6. LEGISLACION COMPARADA.- Nuestra legislación, prevé la existencia de dos mecanismos legales, cuyos fines encasillan las pretensiones del recurrente, al momento de su excitación; siendo éstos; el recurso subjetivo o de plena jurisdicción y el recurso objetivo o de anulación. Muy claramente el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, prescribe: *“Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo.*

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

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

4.3.6.1. LEGISLACIÓN PERUANA.- Respecto de este punto, es decir, en cuanto a la acción contencioso administrativa, la legislación peruana, en el artículo 5 de la Ley Nro. 27584; precisa cuales son las pretensiones que pueden ser alcanzadas por el

recurrente, a través de la activación de un procedimiento contencioso administrativo. Textualmente el precitado artículo sostiene *“Art. 5.- Pretensiones.- En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente: 1. La declaración de nulidad total o parcial o ineficacia del acto administrativo. 2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado, y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines. 3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo. 4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.”* De la lectura y análisis razonado de la legislación convocada, se deduce, que si bien es cierto no estipula vías contenciosas administrativas conceptualmente diferenciadas, tal como lo hace nuestra legislación, sin embargo, a modo de pretensiones, establece cuatro fines distintos y excluyentes entre sí; que constriñen al accionante, a plantear su demanda, en forma eficaz y fundada. Por el primer numeral, se entiende que a través de la acción contencioso administrativa, es admisible pretender la nulidad o anulabilidad del acto administrativo; o la ineficacia de éste, entendiéndose por la segunda, cuando el acto no ha sido notificado en forma efectiva al administrado. Por el segundo numeral, se entiende que a través de la activación de la vía contencioso administrativa, el recurrente puede pretender el reconocimiento o restablecimiento de un derecho objetivo o subjetivo, jurídicamente tutelado, así como la adopción de las medidas necesarias para el cumplimiento de tales fines. Bajo este contexto, diríamos que el recurrente, procura la declaratoria de ilegalidad del acto administrativo. Por el tercer numeral, se entiende que a través de la activación de la vía contencioso administrativa, el recurrente puede pretender la declaratoria de ilegalidad de una actuación administrativa ejecutada por vías de hecho, es decir, sin que exista sustento de acto administrativo regular. Por el cuarto numeral, se entiende que a través de la activación de la vía contencioso administrativa, el recurrente puede pretender que la Administración Pública ejecute una actuación administrativa, ordenada por la ley o acto administrativo regular.

4.3.6.2. LEGISLACION ESPAÑOLA.- Por su parte, la legislación española, concretamente la Ley 29/1998; desde el artículo 25 hasta el artículo 32; prescribe textualmente lo que sigue:

“Artículo 25.

1. El recurso contencioso-administrativo es admisible en relación con las disposiciones de carácter general y con los actos expesos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

2. También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley.

Sobre esta disposición legal, concluimos:

- Que la acción contencioso administrativa, persigue la impugnación de todo acto administrativo general, o en su defecto, todo acto particular, sea expreso o presunto, sean definitivos o de trámite, siendo los últimos, que repercutan en el fondo del acto final, directa o indirectamente, que determinen la imposibilidad de continuar con el procedimiento administrativo, que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o interés tutelados por la norma jurídica positiva.
- Asimismo, que la acción contencioso administrativa, impugna la inactividad de la administración en cuanto a la inoperancia de ésta para ejecutar un acto en firme concreto, o en su defecto, impugna la actividad material de la Administración que no halla asidero legal o en su defecto, acto administrativo de carácter general o particular en firme.

Artículo 26.

1. Además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho.

2. La falta de impugnación directa de una disposición general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos de aplicación con fundamento en lo dispuesto en el apartado anterior.

Sobre esta disposición legal, concluimos:

- Que la acción contencioso administrativa, persigue también la impugnación de aquellos actos administrativos derivados de la aplicación de una disposición de carácter general e ilegal; es decir, que fundan su existencia en razón de una disposición ilegítima en el ordenamiento jurídico positivo; para lo cual el recurrente, alegará la no conformidad a derecho de la disposición aplicada; la misma que como ya se dijo, hubiese servido de sustento para la emisión del acto impugnado.

Artículo 27.

1. Cuando un Juez o Tribunal de lo Contencioso administrativo hubiere dictado sentencia firme estimatoria por considerar ilegal el contenido de la disposición general aplicada, deberá plantear la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra la disposición, salvo lo dispuesto en los dos apartados siguientes.

2. Cuando el Juez o Tribunal competente para conocer de un recurso contra un acto fundado en la invalidez de una disposición general lo fuere también para conocer del recurso directo contra ésta, la sentencia declarará la validez o nulidad de la disposición general.

3. Sin necesidad de plantear cuestión de ilegalidad, el Tribunal Supremo anulará cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma.

Sobre esta disposición legal, concluimos:

- Cuando el Juez de lo Contencioso Administrativo o en su defecto el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia estimatoria en firme, haya declarado la ilegalidad de una disposición general, por no ser conforme a derecho, el recurrente, al activar la acción contencioso administrativa contra el acto fundado en tal disposición ilegal, deducirá la cuestión de ilegalidad ante el órgano competente, con excepción de los siguientes casos: a) Cuando el Juez o Tribunal de lo Contencioso Administrativo, fuese competente para conocer de un recurso propuesto contra un acto, fundado en la invalidez de una

disposición general, y a su vez, fuese competente también para conocer del recurso directo contra ésta, resolverá privativamente la nulidad o validez de la disposición general; b) Sin que exista la necesidad de plantear cuestiones de ilegalidad, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, anulará cualquier disposición general, por conocer de un recurso o acción contencioso administrativa propuesta contra un acto fundado en la invalidez de aquélla.

Artículo 28.

No es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Sobre esta disposición legal, concluimos:

- Que la acción contencioso administrativa; se tendrá por inadmisibile, respecto de aquellos actos que sean reproducción de actos anteriores; definitivos y firmes y respecto de actos confirmatorios de actos ya consentidos, cuando éstos no hayan sido recurridos en tiempo y forma.

Artículo 29.

1. Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición, podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.

Sobre esta disposición legal, concluimos:

- Cuando la Administración, en razón de una disposición general; acto administrativo en firme y definitivo, contrato o convenio administrativo, esté obligada a cumplir determinados fines, a favor del administrado o en su conjunto; y en la especie, no lo hiciere, podrán los perjudicados recurrir a la sede contencioso administrativa y proponer acción judicial en contra de la INACTIVIDAD de la Administración Pública.

Artículo 30.

En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

Sobre esta disposición legal, concluimos:

- Cuando se tratare de vías de hecho, es decir, cuando la Administración ejecutare una determinada actividad, sin que exista acto administrativo de sustento o disposición general; el perjudicado, tendrá derecho a proponer la intimación a fin de que la Administración cese en el ejercicio ilegítimo; más si el órgano ejecutor, continúa ejercitando la actividad ilegal; el perjudicado podrá acudir a la justicia contencioso administrativa.

CAPÍTULO II

Pretensiones de las partes

Artículo 31.

1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente.

2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda.

Artículo 32.

1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.

2. Si el recurso tiene por objeto una actuación material constitutiva de vía de hecho, el demandante podrá pretender que se declare contraria a Derecho, que se ordene el cese de dicha actuación y que se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2.”

Sobre las disposiciones que anteceden (Arts. 31 y 32); concluimos:

- El recurrente podrá pretender la declaratoria de ilegalidad de una disposición general o en su defecto; de un acto fundado en la invalidez de una disposición general.
- El recurrente podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada (concesión de derechos por un acto administrativo o normativo o contrato administrativo); y en consecuencia, la adopción de las medidas necesarias para tal restablecimiento, tales como la indemnización de daños y perjuicios, de ser procedente; como cuando se restituye al trabajo al afectado y a su vez, se le manda a pagar las remuneraciones que haya dejado de percibir durante el tiempo de la cesación.
- El recurrente, podrá impugnar la INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.
- El recurrente, podrá perseguir la declaratoria de ilegalidad de una actuación no sustentada en acto administrativo firme y definitivo o en razón de una disposición general ilegítima (vía de hecho) por ser inconforme a derecho.

4.3.6.3.- LEGISLACION ARGENTINA (PROVINCIA DE LA RIOJA).- Por su parte, la legislación argentina, concretamente el Código Contencioso Administrativo de la Provincia de La Rioja (Ley 1005), respecto de los recursos contencioso-administrativos, sostiene:

“Art. 11 – Recursos que se legislan y carácter público del proceso. Los recursos que en este código se legislan, son los de plena jurisdicción e ilegitimidad por exceso o desviación de poder. El principio que domina su procedimiento es el interés público.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que la legislación argentina, prevé dos especies de recursos contencioso-administrativos, siendo éstos, el de plena jurisdicción o subjetivo y el recurso objetivo o por exceso de poder; siendo el interés público, el principio superlativo que rige la atención y materialidad de las voluntades perseguidas en cada sede de reclamación.

“Art. 12 – Recurso subjetivo. A quienes corresponde. Requisitos. Corresponde el ejercicio del recurso de plena jurisdicción a las personas titulares del derecho vulnerado, contra las resoluciones del Poder Ejecutivo de la Provincia, de la Municipalidad o de otras autoridades provinciales o municipales con facultades para decidir en última instancia, siempre que concurran los siguientes requisitos:

- a) Que la resolución sea definitiva y cause estado;*
- b) Que vulnere un derecho subjetivo de carácter administrativo otorgado por ley provincial, ordenanza, reglamento, concesión o contratos; de servicios públicos, suministros por medio de licitación y obras públicas; u otra disposición administrativa preexistente;*
- c) Que emane de la administración en ejercicio de facultades.”*

De la revisión del artículo que antecede, se coligen los siguientes puntos referenciales:

- a) Que el recurso subjetivo, puede ser propuesto por el administrado o el particular quienes se reputen como titulares de un derecho individual y personal que les ha sido vulnerado o violentado, por decisiones de las autoridades del Poder Ejecutivo de la Provincia, de las autoridades provinciales seccionales y municipales.
- b) Que para impugnar un acto administrativo emanado de la Administración Pública Central o Institucional, se requiere: b.1) Que el acto administrativo se repute en firme y definitivo; b.2) Que el acto administrativo vulnere un derecho subjetivo legalmente instituido por ley o por acto administrativo legalmente admitido; b.3) Que el acto administrativo, emane de la Administración.

“Art. 13- Otros actos recurribles. Corresponde también a esta jurisdicción:

- a) *Las resoluciones que dicten de conformidad al art. 2611 del Código Civil;*
- b) *La revocación de resoluciones administrativas ya consentidas.”*

De la revisión del artículo que antecede, se colige que también son susceptibles de impugnación, por la vía subjetiva; los siguientes actos de la administración:

- Los actos dictados en conformidad con lo dispuesto en el Art. 2611 del Código Civil Argentino, el mismo que textualmente sostiene: “Las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo.”
- Los actos revocatorios de decisiones administrativas consentidas a priori; y por ende, vulneradoras de derechos, por ser concedidos de manera preexistente al acto revocatorio.

“Art. 14- Excepciones al recurso. No precede:

- a) *Contra los actos del gobierno que importen el ejercicio de un poder político;*
- b) *Contra las decisiones del Estado cuando obra en su carácter de persona jurídica de derecho privado;*
- c) *Contra los actos puramente discrecionales y de discrecionalidad técnica y contra las resoluciones de la administración que importen el ejercicio de facultades disciplinarias, siempre que no adolezcan de vicios de ilegitimidad;*
- d) *Contra las resoluciones ya consentidas, ni aún por vía de reconsideración, aunque fueran reproducción o confirmación de otras que hayan causado estado por no haber sido recurridas en término y forma legal.*
- e) *Contra las disposiciones relativas al orden público, salud e higiene de la población, salvo los casos de exceso o desviación de poder;*
- f) *Contra las declaraciones de la administración sobre su competencia o incompetencia para el conocimiento de un asunto;*
- g) *Contra los actos susceptibles de otra acción o recurso ante distinta.”*

De la revisión del artículo que antecede, se colige que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, no es susceptible de invocación, en los siguientes casos:

- a) En contra de los actos administrativos emanados por la Administración, en el ejercicio del poder político.

- b) En contra de los actos emanados por el Estado, bajo la forma de persona jurídica de derecho privado.
- c) En contra de los actos puramente discrecionales, los derivados del ejercicio de la discrecionalidad técnica y aquellos; los cuales, supongan el ejercicio de potestades disciplinarias, en tanto y en cuanto, no converjan vicios de ilegitimidad.
- d) En contra de actos ya consentidos, aunque se tuviesen como actos reproductivos o confirmatorios de otros ya emitidos, que hayan causado estado en firme y definitivo; por no haber sido impugnadas dentro de los términos y condiciones previstas en la ley.
- e) En contra de los actos, relacionados al interés público, salud e higiene de la población; excepto cuando fueren el producto de una conducta propia de la desviación de poder.
- f) En contra de los actos, que refieren a la competencia o incompetencia de la Administración, para conocer de un determinado asunto.
- g) En contra de los actos, susceptibles de otra vía distinta de impugnación.

“Art. 16 – Necesidad del recurso jerárquico. El recurso jerárquico debe ser condición «sine qua non» para promover el recurso contencioso-administrativo cuando impugna decisiones de entidades autárquicas institucionales y el acto que motiva el recurso es materia de aprobación o control directo o indirecto, ejercitado por el Poder Ejecutivo.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que previo a invocar un recurso contencioso administrativo, en forma previa, el recurrente deberá agotar el recurso jerárquico, es decir, el recurso administrativo correspondiente e inherente o perteneciente o en sede administrativa, fundamentalmente, cuando se persigue la impugnación de decisiones emanadas de entidades autárquicas o en su defecto, cuando el acto a ser impugnado en sede judicial, es susceptible de aprobación, control directo o indirecto; superiores en grado, por parte del Poder Ejecutivo.

“Art. 17 – Recurso objetivo. Requisitos: Casos en que procede. Corresponde el recurso de ilegitimidad contra aquellas resoluciones ejecutorias que, aunque de carácter general adolezcan del vicio de ilegalidad, siempre que el recurrente acredite un interés legítimo, directo y actual.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que el recurso objetivo o de ilegitimidad o por exceso de poder, es admisible; cuando el recurrente persigue la impugnación de resoluciones definitivas, de carácter general, que adolezcan de vicios de ilegalidad, respecto de las cuales, acredite interés legítimo, directo y vigente.

“Art. 18 – Sólo procede éste recurso:

- a) Por incompetencia en la autoridad proveyente;*
- b) Por vicio de forma;*
- c) Ilegalidad en el fin del acto;*
- d) Por violación de la ley.”*

De la revisión del artículo que antecede, se colige que el recurso objetivo o de ilegitimidad, procede en los siguientes casos:

- a) Cuando el acto, ha sido emitido por autoridad incompetente.
- b) Cuando el acto, adolece de vicios de forma.
- c) Cuando el acto es ilegal, en cuanto a su finalidad.
- d) Cuando el acto, es producto de una violación de carácter legal.

“Art. 19 – Su ejercicio por las municipalidades y entidades autárquicas. Podrán igualmente interponer el recurso de ilegitimidad, las municipalidades y entidades autárquicas de la administración contra las resoluciones del Poder Ejecutivo que invadan la esfera de sus atribuciones propias.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que las entidades autárquicas o administraciones seccionales, podrán interponer recurso objetivo contra las decisiones del Ejecutivo, que invadan en el ámbito de su esfera de competencias.

“Art. 20 – Recursos paralelos. Podrán interponerse ambos recursos conjuntamente, cuando el acto administrativo atacable por el recurso de anulación, lesione además un derecho subjetivo o acuse un daño pecuniario al recurrente.”

De la revisión del artículo que antecede, se colige que si el acto administrativo, acusa vicios de ilegitimidad y a su vez, vulnera un derecho subjetivo, podrá el recurrente, interponer los recursos contenciosos administrativos antes dichos, de manera conjunta.

5. MATERIALES Y MÉTODOS:

Para realizar la presente tesis, utilice los siguientes métodos y técnicas:

5.1. MATERIALES:

Conforme se estableció desde la fase de proyección, el presente trabajo en lo principal se orienta por la metodología científica de la investigación, y por ello parte del planteamiento de una hipótesis general así como de un objetivo general y tres específicos en torno a los cuales se ha construido todo un amplio acopio teórico y empírico que permita su contrastación y verificación como requisito indispensable para la validación del presente trabajo.

El presente proceso investigativo se dirige a la observación pormenorizada de la problemática jurídica relacionada con las insuficiencias normativas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en lo relacionado a las causales de admisibilidad de los recursos contencioso-administrativos.

Luego de desarrollado el proceso investigativo, se ha procedido a la redacción del informe final, contemplando los lineamientos metodológicos idóneos para el efecto, así como la normativa vigente en la Universidad Nacional de Loja, y las instrucciones impartidas para el efecto por el correspondiente instructivo del Área Jurídica, Social y Administrativa.

5.2. MÉTODOS:

La práctica de la investigación científica presupone el concurso de una serie de métodos y técnicas que han permitido el abordaje adecuado de la problemática de investigación y el desarrollo sistemático del conocimiento que permite la comprobación de la hipótesis propuesta así como la verificación de los objetivos planteados.

Por la naturaleza de la presente investigación, ésta en lo principal se acoge al método científico, pues como se puede observar se parte del planteamiento de una hipótesis y de un objetivo general y tres específicos, en torno a los cuales se ha desarrollado toda una base teórica, así como el estudio de campo, que han permitido los elementos de juicio necesarios para su contrastación y verificación. La presente investigación es eminentemente jurídica, ya que se concreta en la actividad del derecho administrativo y su relación con el efecto de inseguridad jurídica que genera la falta de disposiciones

claras y precisas, relativas al planteamiento de los recursos contenciosos-administrativos.

Dentro de los métodos que se utilizaron está el método científico que ha permitido abordar los problemas jurídicos que devienen de la normatividad jurídica administrativa, que regula la admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos así como las irregularidades posibles repercutidas en los actos de la Administración Pública, así mismo, a partir de la inducción y deducción, del análisis y de la síntesis de cada uno de sus componentes, y la aplicación del método exegético analítico, que fue de singular utilidad en el análisis sistemático de las correspondientes disposiciones.

El método deductivo, sirvió específicamente en lo referente al análisis del problema de investigación, a partir de las disposiciones del derecho internacional y del derecho constitucional relacionadas con la problemática de investigación, hasta llegar a aspectos particulares identificados en la normatividad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así mismo, el método inductivo, permitió analizar la problemática de investigación desde asuntos específicos hasta categorías de carácter general. Estos métodos sirvieron de manera especial en la elaboración del discurso teórico de la presente tesis.

Como métodos auxiliares se utilizaron la síntesis y el método descriptivo. El primer método que permitió construir relaciones breves de las diferentes categorías jurídicas del derecho administrativo que indispensablemente debían ser tratadas, como en efecto se lo ha hecho, en el presente trabajo. Y el método descriptivo fue de mucha utilidad, en la descripción de los problemas jurídicos y de las realidades relacionadas íntimamente con la problemática que motiva la presente tesis.

Además para el tratamiento de los datos obtenidos en el campo de la investigación fueron de singular valía los métodos analítico y sintético, especialmente en lo referente al análisis comparativo de los datos y frecuencias obtenidas a partir de la aplicación del instrumento de investigación, esto es, de la encuesta. Para ilustrar de mejor forma los resultados de la investigación de campo se utilizaron tablas de frecuencias y porcentajes, análisis comparativos y de representación estadística.

5.2. TÉCNICAS:

Dada la naturaleza teórica y fáctica de la presente investigación; se requirió de un complejo proceso de recopilación de elementos conceptuales, doctrinarios, normativos y analíticos, con respecto a la problemática de investigación, para la recolección y organización de los cuales ha sido indispensable la utilización de fichas nemotécnicas y bibliográficas, en las que se ha sistematizado el universo de información recopilada, para ser usada conforme a los requerimientos en el desarrollo del discurso de este trabajo.

Se aplicó también la técnica de la observación del problema en el ámbito de la seguridad jurídica del ciudadano ante un asunto contencioso-administrativo, lo que permitió obtener algunos elementos de juicio con respecto a la observación práctica de los derechos y garantías constitucionales las mismas que son inherentes al administrado y al particular en general.

Para la recolección de datos del campo de investigación, se utilizó la técnica de la encuesta, cuyas preguntas se orientaron en función de los criterios requeridos para la contrastación de la hipótesis propuesta y la verificación de los objetivos oportunamente planteados en el proyecto de investigación. El formulario de encuesta, oportunamente evaluado y aprobado por la Coordinación de la Carrera de Derecho, fue aplicado a una población de treinta profesionales del derecho.

En cuanto a la metodología de presentación del informe final, ésta se rige en general por los lineamientos que determina la metodología de la investigación científica, así como también en el marco de lo que dispone el Reglamento de Régimen Académico de la Universidad Nacional de Loja, y a las instrucciones específicas que en este campo determina la Modalidad de Estudios a Distancia.

5.3. CRONOGRAMA:

ACTIVIDADES	SEPTIEMBRE 2014				OCTUBRE 2014				NOVIEMBRE 2013				DICIEMBRE 2014			
	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
Presentación y aprobación del proyecto		X	X	X												
Elaboración del Borrador					X											
Revisión del Borrador						X										
Presentación del Borrador										X						
Sustentación e Incorporación															X	

5.4. PRESUPUESTO

DETALLE	VALOR
INGRESOS	
Aporte de Manuel Ignacio Albuja Bustamante	840,00
TOTAL	840,00
GASTOS	
Material Bibliográfico	100.00
Suministros y materiales de oficina	260.00
Copias, Impresión y reproducción	300.00
Anillado de documentos y empastados	80.00
Materiales de soporte y exposición	60.00
Imprevistos	<u>40.00</u>
TOTAL	840,00

5.5. FINANCIAMIENTO

Todos los recursos serán financiados y cubiertos en su totalidad por el autor de la presente tesis.

6.- RESULTADOS

6.1.- RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.

Se ha encuestado a treinta profesionales del derecho, para lo cual, se ha formulado el siguiente cuestionario que a continuación se detalla:

1.- ¿Conoce usted que es la acción contencioso administrativa? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

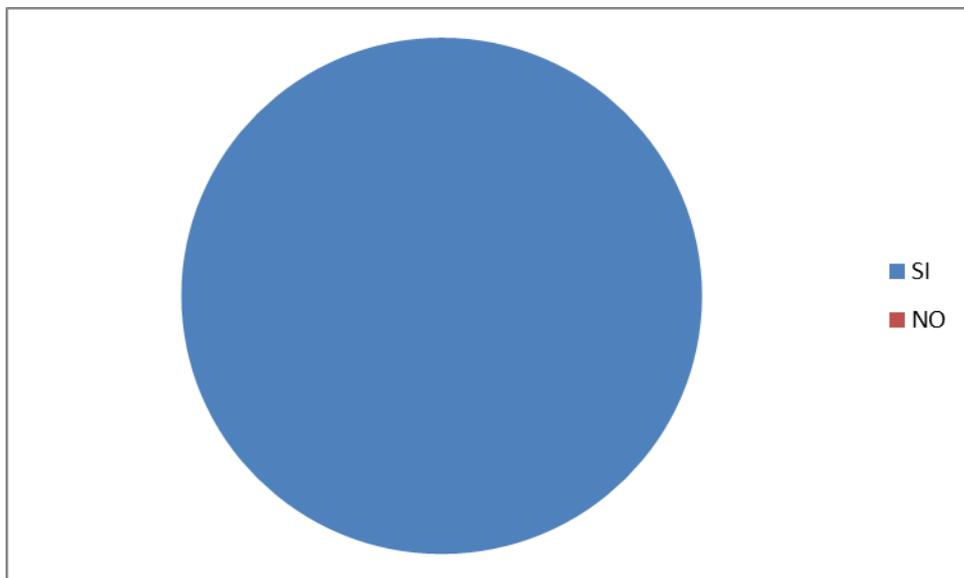
NO ()

Explique:

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	30	100%
NO	0	0%

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, 30 que equivalen al 100% conocen que es una acción contencioso administrativa y la definen como aquella acción judicial por la cual se impugnan los actos de la administración pública de carácter irregular.

ANÁLISIS:

En efecto, los treinta encuestados que constituyen el 100% del universo encuestado, consideran que la acción contencioso administrativa, se define como un mecanismo de carácter jurisdiccional, el mismo que tiene por finalidad, la impugnación de los actos de la Administración Pública, esto, con la consecuencia de repararse derechos, respecto de quien propone y persigue la acción.

2.- ¿Conoce usted cuáles son las vías contenciosas administrativas? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

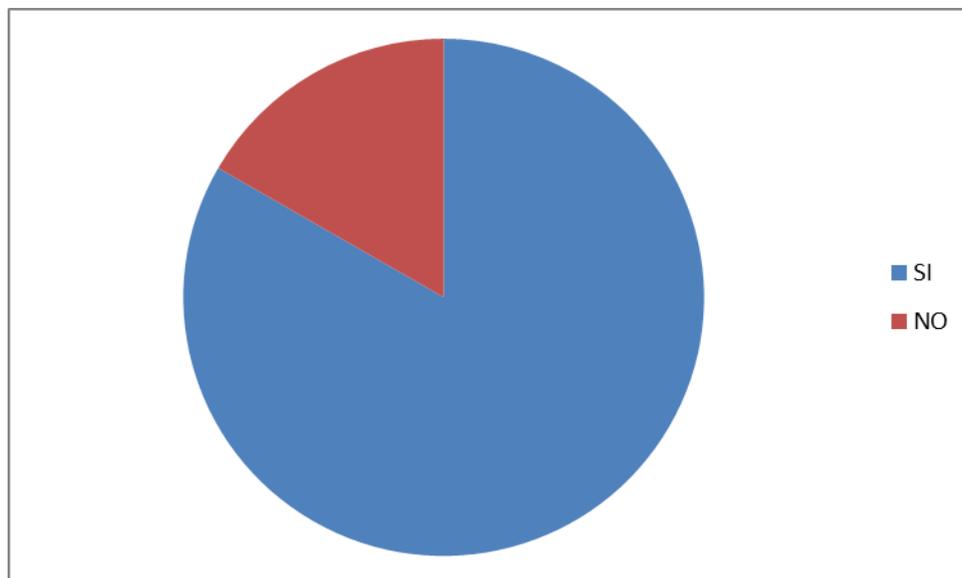
NO ()

Explique:

Variable	Frecuencia	Porcentaje
SI	25	100%
NO	5	0%

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, el 83.3% que representa a 25 encuestados, sostienen que la acción contencioso administrativa es de dos clases, la objetiva y la

subjetiva, en tanto que 5 personas que representa al 16,6% afirman que no conocen cuáles son las vías contenciosas administrativas.

ANÁLISIS:

Conuerdo con la mayoría del universo encuestado, quienes afirman que la acción contencioso-administrativa, se subdivide en dos clases, siendo éstas, la objetiva, de anulación o por exceso de poder; por intermedio de la cual, se persigue la nulidad de un acto administrativo de carácter general, y la subjetiva o de plena jurisdicción, por intermedio de la cual, se persigue la reparación de un derecho presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente.

3.- ¿Cree usted que un recurso objetivo y un recurso subjetivo son diferentes entre sí? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

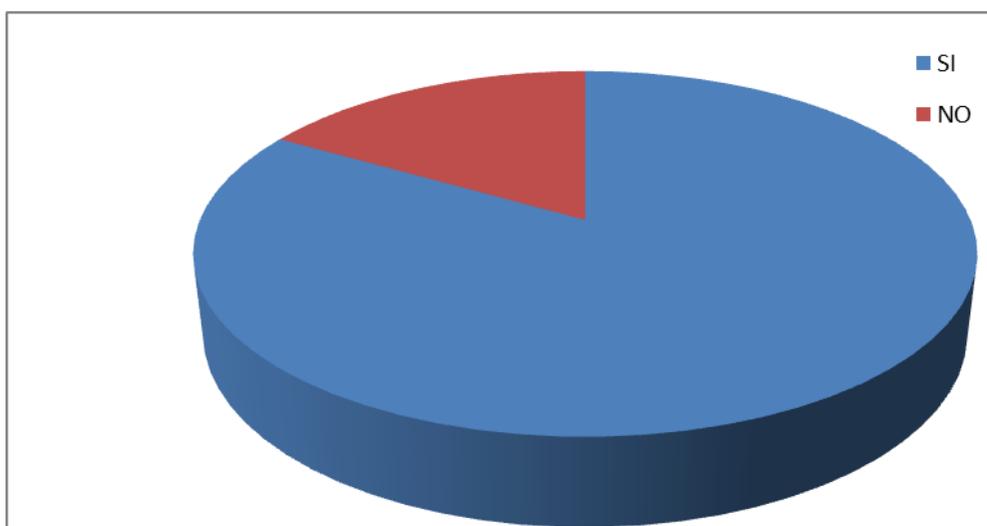
NO ()

Explique:

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	25	83,3333333%
NO	5	16,6666667%

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, el 83.3% que representa a 25 encuestados, sostienen que los recursos objetivo y subjetivo, son diferentes entre sí, por cuanto, a través del primero, se persigue la reparación de un daño individual, personal; en tanto que por intermedio del segundo se persigue la nulidad del acto impugnado; más, 5 encuestados que representan al 16,6%, sostienen que no conocen qué es un recurso objetivo y qué es un recurso subjetivo.

ANÁLISIS:

Conuerdo con la mayoría del universo encuestado, en cuanto al hecho de que los recursos contenciosos-administrativos, tanto el objetivo como el subjetivo, son divergentes entre sí, por cuanto, por el primero, se persigue la nulidad de un acto de carácter general, en tanto que por el segundo, se persigue la reparación de un derecho subjetivo y personal del recurrente, el cual ha sido vulnerado por la Administración.

4.- ¿Conoce usted; el fundamento jurisprudencial por el cual, se entiende que un acto administrativo es ilegal? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

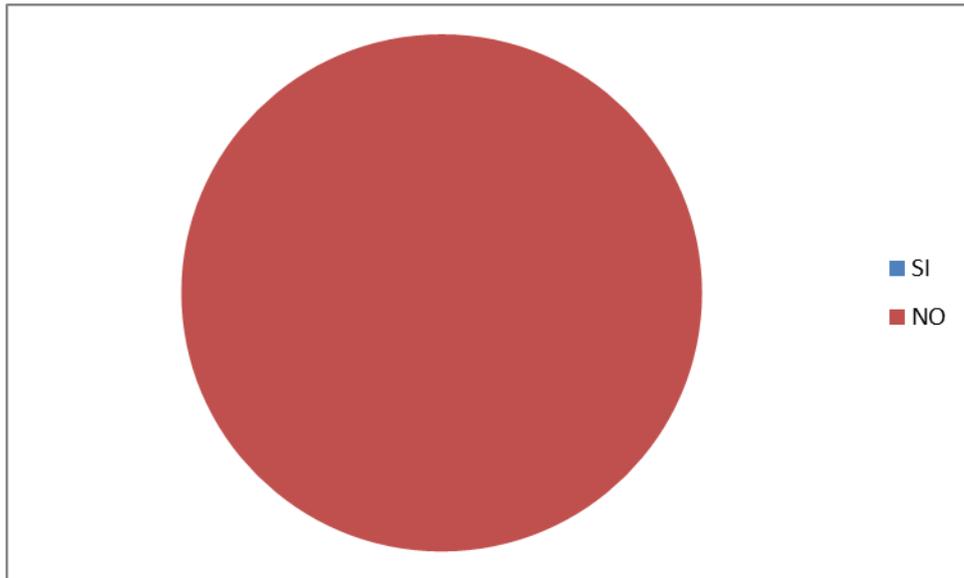
NO ()

Explique:

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0%
NO	30	100%

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, el 100% que representa a 30 encuestados, sostienen que desconocen el fundamento jurisprudencial por el cual se estima que un acto administrativo es ilegal.

ANÁLISIS:

De los resultados obtenidos, se colige que el total del universo encuestado, desconocen cuál es el fundamento jurisprudencial, por el cual se considera que un acto administrativo es ilegal, lo que ciertamente permite determinar, que la oscuridad de la norma, se torna evidente, puesto que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en ninguno de sus artículos, prevé la figura de la ilegalidad del acto administrativo; más se tiene, como una institución jurídica, forjada por la propia jurisprudencia nacional.

5.- ¿Conoce usted las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

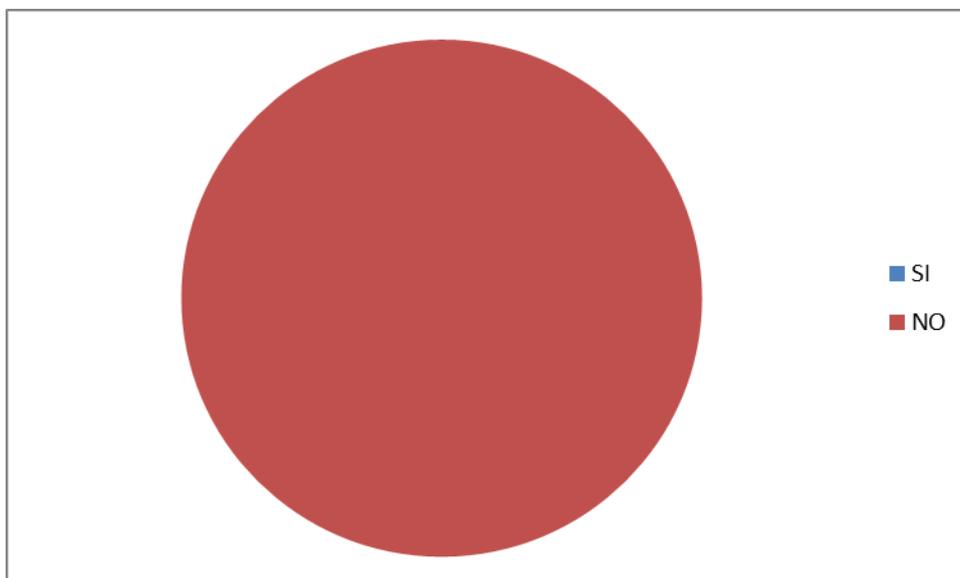
NO ()

Explique:

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0
NO	30	100

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, el 100% que representa a 30 encuestados, sostienen que desconocen las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo; según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

ANÁLISIS:

De los resultados obtenidos, se colige que el total del universo encuestado, desconoce, cuáles son las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, al tenor de lo previsto en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, puesto que; los encuestados consideran que la nulidad administrativa, es semejante por no decir igual a la nulidad civil, lo que ciertamente es incorrecto.

6.- ¿Conoce usted por cuál vía contencioso administrativa, puede demandar la ilegalidad de un acto administrativo? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

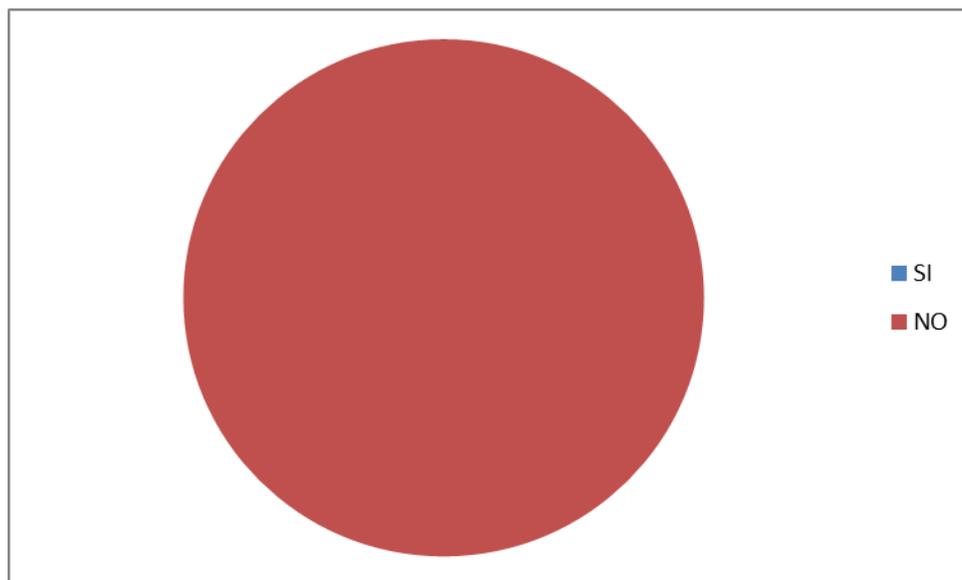
NO ()

Explique:

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0
NO	30	100

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, el 100% que representa a 30 encuestados, sostienen que desconocen cuál es la vía contencioso-administrativa por intermedio de la cual, es admisible reclamar la ilegalidad de un acto administrativo.

ANÁLISIS:

De los resultados obtenidos, se colige que en efecto, al no existir en la legislación nacional, la institución de la ilegalidad del acto administrativo, es oscuro y hasta casi imposible, determinar a ciencia cierta, cuál es la vía contencioso administrativa idónea y admisible, para impugnar la ilegalidad de un acto administrativo, al tenor de la concepción misma prevista en la jurisprudencia.

7.- ¿Conoce usted cuáles son las diferencias entre la legalidad y la nulidad de un acto administrativo; según la jurisprudencia de nuestro país? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

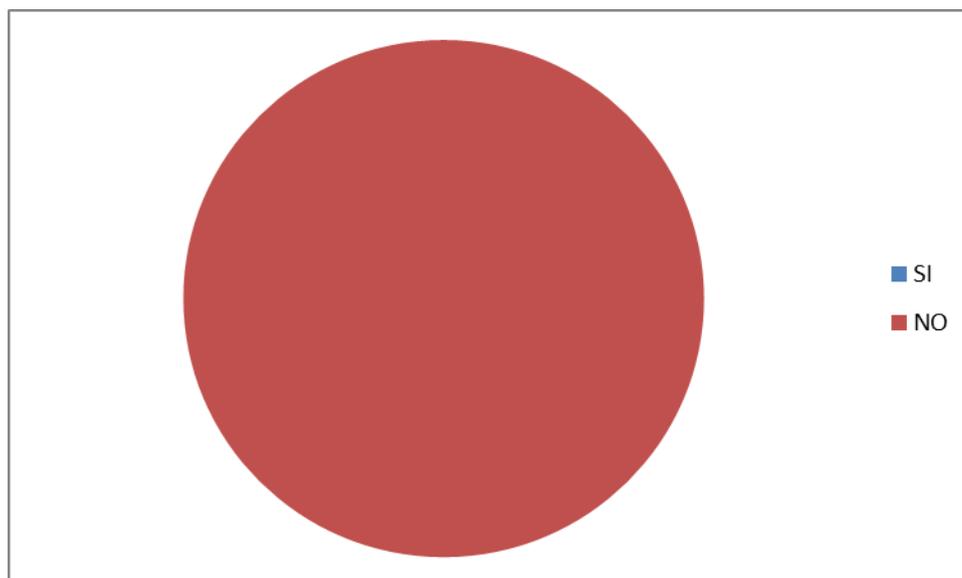
NO ()

Explique:

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	0	0
NO	30	100

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, el 100% que representa a 30 encuestados, sostienen que no conocen cuáles son las diferencias entre nulidad e ilegalidad de un acto administrativo.

ANÁLISIS:

De los resultados obtenidos, se concluye que al no existir la figura de la ilegalidad de en la ley, se torna imposible determinar las diferencias legales existentes entre nulidad e ilegalidad de un acto administrativo, todo esto, por insuficiencia de la misma norma jurídica positiva.

8.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede impugnarse cualquier acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

SI ()

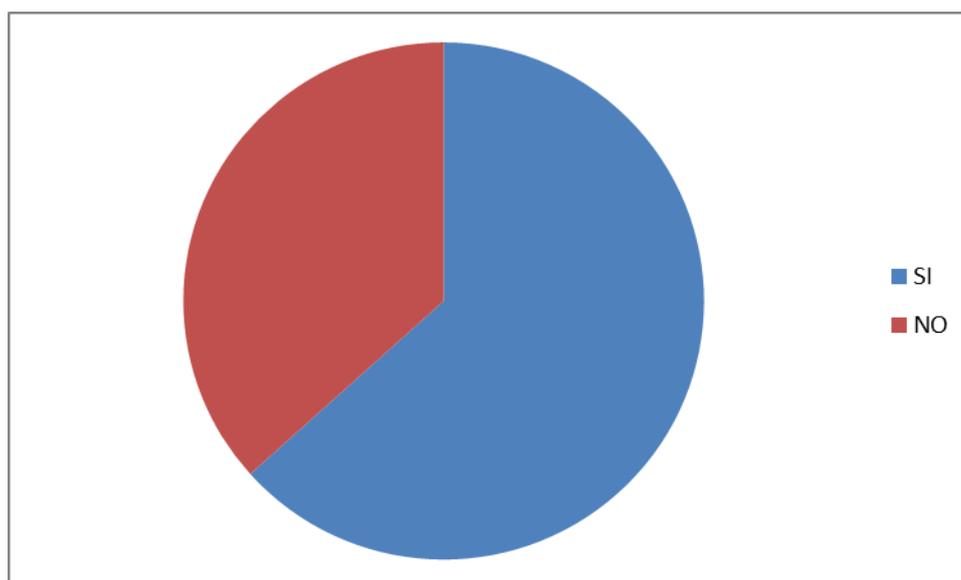
NO ()

Explique:

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	19	63,33333333
NO	11	36,66666667

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, el 63,33% que representa a 19 encuestados, desconocen con certeza, si por intermedio de la acción contencioso administrativa, el recurrente puede impugnar cualquier acto de la administración, en tanto que el 33,66% que representa a 11 encuestados, consideran que por intermedio de la acción contencioso administrativa, si es posible impugnar cualquier acto de la administración, por cuanto, explican, que por ser declaraciones de la administración, y por ende, provocantes de vulneración de derechos, cuando adolecen de irregularidad, son

susceptibles de impugnación, por la vía administrativa o judicial, según el deseo del afectado.

ANÁLISIS:

De los resultados anteriormente obtenidos, se desprende que la mayoría del universo encuestado, desconoce si es admisible o no, la impugnación de todo acto de la administración, a través de la excitación de los recursos contenciosos administrativos previstos en el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, esto, en virtud de que, en el precitado artículo, no se precisa mayor alcance sobre este tema, ni mucho menos, los artículos posteriores, por tratarse expresamente de limitaciones de la justicia contencioso administrativa, en tanto que, el universo restante o diferencial, considera que si es plausible impugnar cualquier acto de la administración, puesto que la materialidad de aquéllos, puede derivar en la lesión de derechos respecto de quien propone la demanda contencioso administrativa.

9.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede demandarse cualquier vicio de irregularidad del cual pueda adolecer un acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

SI ()

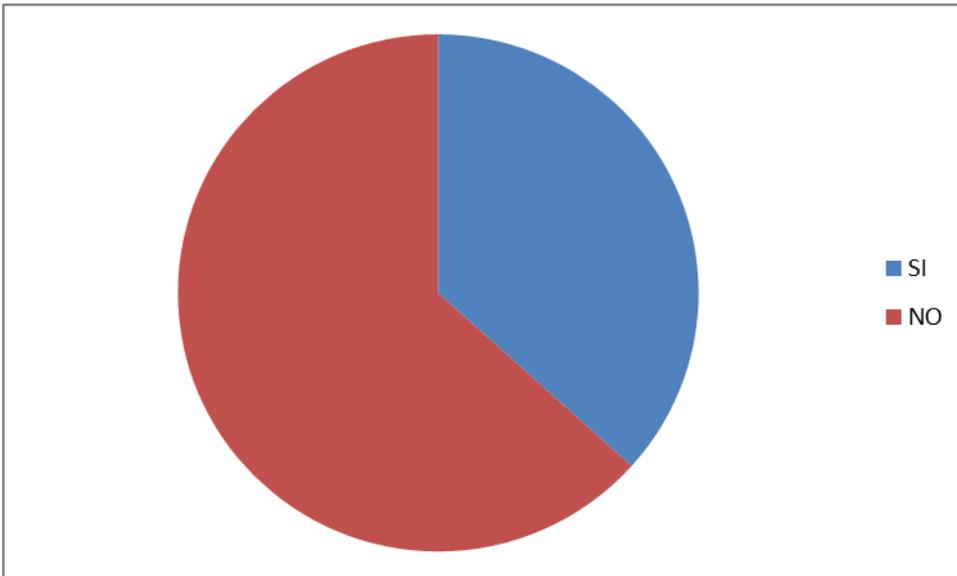
NO ()

Explique:

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	11	36,66666667
NO	19	63,33333333

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.

Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, el 36,66% que representa a 11 encuestados, consideran que por intermedio de los recursos contenciosos administrativos, es plausible y procedente en cierta medida, impugnar cualquier vicio del cual fuese susceptible todo acto de la administración, en tanto que el 66,33% que representa a 19 encuestados, consideran que por intermedio de los recursos contenciosos administrativos, solamente puede demandarse la nulidad de los actos administrativos.

ANÁLISIS:

De los resultados anteriormente obtenidos, se desprende que la mayoría del universo encuestado, considera que es inadmisibles reclamar otro vicio que no sea la nulidad de los actos de la administración, en tanto que, el universo restante o diferencial, considera que si es plausible impugnar cualquier vicio del cual pudiese adolecer todo acto de la administración, sea por ejemplo, revocación, anulabilidad, ilegalidad, etc.

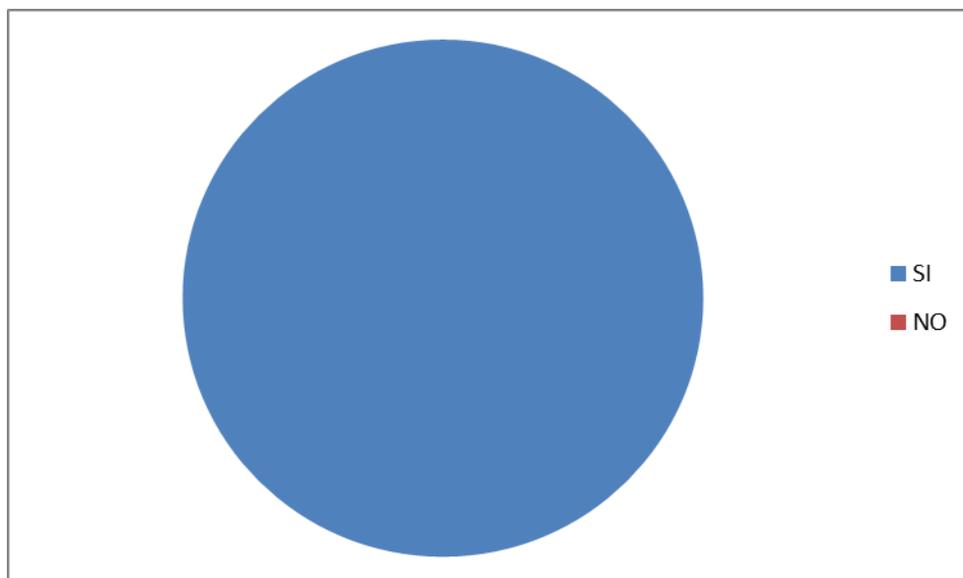
10.- ¿Considera pertinente formular una propuesta de reforma jurídica que precise las normas de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos?

SI ()

NO ()

VARIABLE	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	30	100%
NO	0	0%

Fuente: Profesionales del Derecho en el Libre Ejercicio.
Autor: Manuel Ignacio Albuja Bustamante.



INTERPRETACIÓN:

De un total de 30 personas encuestadas, 100% que representa a 30 encuestados, sostienen que la propuesta de reforma jurídica es procedente, por cuanto, garantizará que los recurrentes, puedan proponer sus acciones, en forma adecuada; en tal medida, que puedan reclamar sus derechos; en apego a derecho.

ANÁLISIS:

De los resultados obtenidos, concuerdo con los encuestados, en cuanto al hecho de que se requiere urgentemente una reforma jurídica al artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el sentido de determinar las condiciones legales de admisibilidad sobre las cuales procede cada recurso contencioso administrativo, empatando tales acepciones con lo que actualmente supone la Corte Nacional de Justicia así como la Ex – Corte Suprema de Justicia, en reiterados fallos; lo que garantizará ciertamente el derecho a la seguridad jurídica, en repercusión a los recurrentes.

6.2.- RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS

Esta técnica fue aplicada a cinco profesionales del derecho administrativo tanto de la ciudad de Loja como de la ciudad de Quito respectivamente, mismos que han sido especializados en la rama, ya sea por su experiencia laboral o por sus constantes estudios en la materia. Los conversatorios, se realizaron bajo el siguiente bloque de preguntas:

Ab. Jack Martín Bustamante.

Dr. Roger Manuel Valdivieso.

Dr. Jorge Endara Moncayo.

Dr. Hernán Quevedo Terán.

Dr. Hernán Rodrigo Torres Iñiguez.

RESPUESTAS - Ab. Jack Martín Bustamante.

1.- ¿Conoce usted que es la acción contencioso administrativa?

Respuesta: La acción contencioso administrativa, podría decirse que es el mecanismo jurisdiccional, por intermedio del cual, el administrado, puede impugnar un acto administrativo irregular.

Comentario: De la respuesta proporcionada, se colige que la acción contencioso administrativa, se define como un mecanismo puramente legal, el mismo que permite al administrado o al particular afectado por una decisión de la Administración, impugnarla en sede judicial.

2.- ¿Conoce usted cuáles son las vías contenciosas administrativas?

Respuesta: En conformidad con lo que establece el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las vías contencioso administrativas, son las siguientes: Por una parte, tenemos la vía subjetiva, por la cual, se busca el restablecimiento de un derecho individual, personal e individual del administrado. Por otra parte, tenemos la vía contencioso administrativa objetiva, por la cual, se busca el restablecimiento de la legalidad de una norma de carácter general, declarándose para el efecto, la nulidad del acto impugnado.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la acción contencioso administrativa, se divide en dos clases, siendo éstas, la objetiva, de anulación o por exceso de poder y la subjetiva o de plena jurisdicción. Por intermedio de la primera, se procura, el restablecimiento de la legalidad de un acto administrativo de carácter general, declarando para el efecto, la nulidad del mismo; en tanto que por el segundo, el recurrente, procura la reparación de un derecho individual, personal y subjetivo.

3.- ¿Cree usted que un recurso objetivo y un recurso subjetivo son diferentes entre sí?

Respuesta: Considero que sí, puesto que; es la misma jurisprudencia, la que sostiene que ambos recursos son excluyentes entre sí. Por el recurso objetivo, se persigue el restablecimiento de la legalidad de una norma general de carácter administrativo en tanto que el recurso subjetivo, persigue el restablecimiento de un derecho individual, es por esto, que el primero es en efecto “*erga omnes*” en tanto que el segundo es en efecto “*inter partes*”.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que tanto el recurso objetivo así como el recurso subjetivo, son diferentes entre sí, en la medida, de que por el primero, se persigue el restablecimiento de la legalidad de una norma administrativa de carácter general, en tanto que por el segundo, se persigue la reparación de un derecho individual y personal.

4.- ¿Conoce usted; el fundamento jurisprudencial por el cual, se entiende que un acto administrativo es ilegal?

Respuesta: Referencialmente, conozco que un acto administrativo es ilegal; cuando éste no cumple con los requisitos que la ley estipula para su emisión; sin embargo, la legislación ecuatoriana, no prevé tal figura jurídica.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que un acto administrativo, se considera ilegal, cuando en él no convergen los requisitos que la ley distingue para su perfeccionamiento jurídico.

5.- ¿Conoce usted las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

Respuesta: El Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa señala que las resoluciones o los procedimientos administrativos, son susceptibles de nulidad cuando, hayan sido forjados por autoridad incompetente o en su defecto, cuando se hayan vulnerado las disposiciones previas a la emisión del acto o para el inicio del procedimiento administrativo, en tanto y en cuanto, las omisiones hayan causado gravamen irreparable o en su defecto, hayan influido en la decisión de la causa administrativa.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la nulidad de un acto administrativo o de un procedimiento administrativo, opera ante dos causales, siendo éstas, por una parte, la incompetencia de la autoridad que dicta el acto o inicia el procedimiento y la segunda, la omisión de las formalidades legales que son imprescindibles para dictar el acto administrativo o iniciar el procedimiento administrativo, en tanto y en cuanto, causen gravamen irreparable a las partes o en su defecto, incidan en la decisión de la causa.

6.- ¿Conoce usted por cuál vía contencioso administrativa, puede demandar la ilegalidad de un acto administrativo?

Respuesta: Por ninguna, puesto que el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no prevé nada al respecto, sin embargo, existen gacetas judiciales, que sostienen que por la vía subjetiva, puede demandarse la declaratoria de ilegalidad de un acto administrativo.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la ley, no distingue la figura jurídica de la ilegalidad del acto administrativo, sin embargo, existen gacetas judiciales, es decir, fallos jurisprudenciales que determinan la existencia de la institución jurídica de la ilegalidad de los actos de la administración.

7.- ¿Conoce usted cuáles son las diferencias entre la legalidad y la nulidad de un acto administrativo; según la jurisprudencia de nuestro país?

Respuesta: De lo que conozco, podría decirse que la ilegalidad, como ya bien dije, opera cuando los actos no reúnen los requisitos esenciales que la ley manda para su emisión, en tanto que la nulidad, opera cuando los actos administrativos incurren en alguna de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que tanto la nulidad así como la ilegalidad de los actos administrativos, son excluyentes entre sí, en la medida de que la ilegalidad, opera cuando el acto no reúne los requisitos que le son inherentes, en tanto que la nulidad, opera cuando el acto incurre en cualquiera de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

8.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede impugnarse cualquier acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: Considero que sí, puesto que, todo acto de la administración, sea un acto administrativo, acto de simple administración, hecho o contrato administrativo, son susceptibles de generación o en su defecto, de lesión de derechos; lo que los hace, de por sí, impugnables.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que en efecto, todo acto de la administración, por ser una decisión o una manifestación de la voluntad administrativa, son susceptibles de impugnación, puesto que dicha decisión o manifestación, es capaz de lesionar derechos objetivos o subjetivos, según sea el caso.

9.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede demandarse cualquier vicio de irregularidad del cual pueda adolecer un acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: Pienso que podría ser posible, en virtud, de que el órgano jurisdiccional y en sí, la justicia contencioso administrativa, tiene por finalidad, retirar del mundo jurídico, cualquier acto de la administración que adolezca de cualquiera de los vicios o sanciones que establece la ley, la doctrina o la jurisprudencia, sin embargo, nuestra legislación en este aspecto es sumamente limitada; ya que solamente habla de la nulidad de las resoluciones o de los procedimientos administrativos.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que si bien es cierto, la doctrina así como la jurisprudencia, prevén una diversidad de sanciones de las cuales es susceptible un acto, hecho o contrato administrativo, no es menos cierto afirmar, que la ley, en este aspecto, es bastante retardada, ya que solamente prevé a la nulidad, como la única sanción aplicable a los actos que contravienen el ordenamiento jurídico; sin perjuicio de lo que establece la doctrina y la jurisprudencia.

10.- ¿Considera pertinente formular una propuesta de reforma jurídica que precise las normas de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos?

Respuesta: Considero que sí, puesto que existe demasiada contrariedad entre la ley y la jurisprudencia, especialmente con el apareamiento de la ilegalidad, como figura jurídica, paralela a la nulidad de los actos administrativos.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que es pertinente y necesario, reformar el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y con ello, determinar las irregularidades que pueden ser perseguidas por cada acción contencioso administrativa y las pretensiones en específico que pueden ser alcanzadas por el recurrente al momento de plantear su demanda.

RESPUESTAS - Dr. Roger Manuel Valdivieso.

1.- ¿Conoce usted que es la acción contencioso administrativa?

Respuesta: La acción contencioso administrativa, es aquella que busca retirar del mundo jurídico, un acto administrativo atentatorio a la ley.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la acción contencioso administrativa, es aquella que pretende retirar del mundo jurídico, un acto administrativo anómalo o atentatorio a derecho.

2.- ¿Conoce usted cuáles son las vías contenciosas administrativas?

Respuesta: La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, concretamente en su Art. 3, prevé que estas vías, son; por una parte la subjetiva y por otro, la objetiva.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la acción contencioso administrativa, según el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se divide en objetiva y subjetiva respectivamente.

3.- ¿Cree usted que un recurso objetivo y un recurso subjetivo son diferentes entre sí?

Respuesta: Considero que sí, porque, a través del recurso objetivo, se pretende la tutela en el cumplimiento de la norma jurídica en tanto que por el segundo, se pretende la reparación de un derecho individual.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que por intermedio del recurso objetivo, de anulación o por exceso de poder, el recurrente persigue que el acto impugnado, observe el imperio de la norma jurídica positiva, en tanto que por intermedio del recurso subjetivo, se persigue la reparación de un derecho subjetivo vulnerado, por la decisión de la Administración.

4.- ¿Conoce usted; el fundamento jurisprudencial por el cual, se entiende que un acto administrativo es ilegal?

Respuesta: Desconozco; sin embargo, me atrevería a pensar, que la ilegalidad, procede cuando el acto administrativo contraviene al ordenamiento jurídico, por su fin.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la ilegalidad, opera cuando la decisión de la administración, vulnera el ordenamiento jurídico, por su fin, lo que según la legislación vigente, se tiene por incorrecto, puesto que todo acto, que atente al régimen jurídico superior, es nulo.

5.- ¿Conoce usted las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

Respuesta: La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su Art. 59 sostiene que las causales de nulidad de una resolución o de un procedimiento administrativo; la incompetencia de quien emite la resolución o da inicio al procedimiento o cuando el órgano administrativo, ha omitido las formalidades esenciales para la emisión del acto o el inicio del procedimiento, en tanto y en cuanto, tal omisión, cause gravamen irreparable o en su defecto, incida en la decisión de la causa.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la nulidad de un acto administrativo o un procedimiento administrativo, se reputa por admisible en dos circunstancias específicas, por una parte, que la autoridad que dicta el acto o inicia o sustancia el procedimiento administrativo, sea manifiestamente incompetente y

finalmente, que el órgano administrativo, omita las formalidades esenciales para dictar un acto o iniciar un procedimiento administrativo, en tanto y en cuanto, tales omisiones, causen gravamen irreparable a los intervinientes o en su defecto, incidan en la decisión de la causa.

6.- ¿Conoce usted por cuál vía contencioso administrativa, puede demandar la ilegalidad de un acto administrativo?

Respuesta: Por ninguna; puesto que la ley no prevé tal posibilidad.

Comentario: La respuesta del entrevistado, es bastante concisa, en cuanto al hecho de que, la ilegalidad no es una institución jurídica prevista en la ley, razón por la cual, se torna imposible perseguirla por la vía contencioso administrativa, aunque la jurisprudencia sostenga lo contrario.

7.- ¿Conoce usted cuáles son las diferencias entre la legalidad y la nulidad de un acto administrativo; según la jurisprudencia de nuestro país?

Respuesta: Desconozco.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que el encuestado desconoce, que la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie, que por la primera, se entiende que el acto carece de los requisitos que le son esenciales, en tanto que por la segunda, se entiende que el acto o el procedimiento, incurren en las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

8.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede impugnarse cualquier acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: Considero que no, puesto que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, solamente refiere a los actos administrativos y a los procedimientos administrativos, más no a las demás expresiones de la Administración Pública.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que el encuestado, partiendo literalmente de lo que establece la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, considera que los actos administrativos, son las únicas manifestaciones de la

Administración, las cuales son susceptibles de ser impugnadas por la vía contencioso administrativa.

9.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede demandarse cualquier vicio de irregularidad del cual pueda adolecer un acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: No, puesto que, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, solamente permite la consecución de la declaratoria de nulidad de los actos administrativos y de los procedimientos administrativos, más no otra forma de sanción.

Comentario: De la respuesta proporcionada por el entrevistado, se desprende que, tal cual como lo sostiene la norma jurídica, no es posible demandar otra sanción que no sea la nulidad del acto o del procedimiento administrativo, al tenor de lo previsto en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

10.- ¿Considera pertinente formular una propuesta de reforma jurídica que precise las normas de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos?

Respuesta: Si, en efecto, puesto que la ley es muy superficial sobre este asunto, lo que impide en la práctica, el ejercicio de una acción judicial razonada en conformidad con la norma jurídica vigente.

Comentario: El entrevistado, ciertamente considera que resulta por demás pertinente reformar el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sobre todo, por cuanto es insuficiente sobre ciertos aspectos que tan solamente la jurisprudencia ha esclarecido de una manera meridiana, existiendo todavía conflictos de interpretación jurídica, que ciertamente causan inseguridad jurídica a quienes procuran el reconocimiento de un derecho, a través del impulso de la acción contencioso administrativa.

RESPUESTAS - Dr. Jorge Endara Moncayo, ex – Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex – Corte Suprema de Justicia (vía telefónica 0998764866).

1.- ¿Conoce usted que es la acción contencioso administrativa?

Respuesta: Si, la acción contencioso administrativa, es un mecanismo jurídico, de carácter jurisdiccional, el cual persigue; o bien el restablecimiento de la legalidad de un acto administrativo o la reparación de un derecho, particular, individual y personal.

Comentario: De la respuesta que antecede, el entrevistado concluye que la acción contencioso administrativa, persigue dos finalidades, las mismas que definitivamente son excluyentes entre sí, por una parte el restablecimiento de la legalidad de un acto administrativo y por otra parte, la reparación de un derecho particular, individual y personal, es decir, subjetivo; lo que ciertamente se tiene como acepción válida dentro del campo del derecho contencioso-administrativo; puesto que, según nuestra propia legislación, la acción contencioso administrativa, es sustancialmente dual.

2.- ¿Conoce usted cuáles son las vías contenciosas administrativas?

Respuesta: La ley distingue dos clases de recursos contenciosos administrativos, el objetivo, de anulación o por exceso de poder y el subjetivo o de plena jurisdicción.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que efectivamente, la acción contencioso administrativa, se subdivide en dos clases, siendo éstas, la acción subjetiva o de plena jurisdicción y la acción objetiva, de anulación o por exceso de poder; tal cual, como lo prevé el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3.- ¿Cree usted que un recurso objetivo y un recurso subjetivo son diferentes entre sí?

Respuesta: Efectivamente. La jurisprudencia, dice, que son excluyentes entre sí, por perseguir fines distintos; como ya le explique en su primera pregunta.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la acción contencioso subjetiva y la objetiva, son diferentes entre sí, puesto que por la primera, se persigue la reparación de un derecho individual que ha sido presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente en tanto que por la segunda, se persigue nada más que el reconocimiento del imperio de la legalidad, en cuanto al acto administrativo de carácter puramente general.

4.- ¿Conoce usted; el fundamento jurisprudencial por el cual, se entiende que un acto administrativo es ilegal?

Respuesta: La jurisprudencia, consagra que la ilegalidad procede cuando el acto administrativo no reúne los requisitos esenciales para su emisión o en su defecto, cuando contraviene al ordenamiento jurídico.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la ilegalidad, se entiende como institución jurídica, creada por la jurisprudencia, que supone que el acto administrativo es ilegal, cuando no reúne los requisitos que le son esenciales, vulnerando así el ordenamiento jurídico positivo.

5.- ¿Conoce usted las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

Respuesta: El Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, nos dice, que una resolución o procedimiento administrativo pueden ser declarados nulos en las siguientes condiciones; por una parte, cuando el procedimiento ha sido iniciado o la resolución administrativa ha sido emitida por una autoridad incompetente o en su defecto, cuando para la emisión de la resolución o el inicio del procedimiento, se han omitido las formalidades legales previstas para tales efectos, siempre y cuando, las omisiones repercutan en la decisión final o causen gravamen irreparable.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la nulidad de un acto o del procedimiento administrativo, opera según las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto es, cuando el acto ha sido dictado o el procedimiento iniciado por una autoridad manifiestamente incompetente o en su defecto cuando el acto ha sido dictado o el procedimiento ha sido iniciado, sin observar las formalidades sustanciales que les son inherentes, en tanto y en cuanto, tales omisiones hayan incidido en la decisión de la causa administrativa o en su defecto, cuando hayan causado gravamen irreparable a los intervinientes o afectados por el acto impugnado.

6.- ¿Conoce usted por cuál vía contencioso administrativa, puede demandar la ilegalidad de un acto administrativo?

Respuesta: A través de la vía subjetiva; por cuanto, el acto ilegal, por su naturaleza, es decir, por el fondo, vulnera en forma directa, los derechos subjetivos del o de los administrados.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que es la vía subjetiva, por intermedio de la cual, es viable la impugnación de un acto puramente ilegal, por cuanto, éste, en razón de que contraviene al ordenamiento jurídico, vulnera derechos subjetivos del administrado o del particular afectado.

7.- ¿Conoce usted cuáles son las diferencias entre la legalidad y la nulidad de un acto administrativo; según la jurisprudencia de nuestro país?

Respuesta: Si, la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie, la primera se cristaliza cuando los requisitos esenciales del acto no convergen en él, vulnerando así la norma legal, en tanto que la segunda, se materializa cuando convergen al acto, las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que, según la jurisprudencia, la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie, en mérito, de que la primera, opera cuando el acto carece de sus requisitos, contraviniendo así, el régimen jurídico superior, en tanto que la segunda, opera cuando el acto, incurre en alguna o en ambas de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

8.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede impugnarse cualquier acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: Si, cualquier acto de la administración, es susceptible de impugnación, tal cual como lo sostiene el Estatuto de Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que los actos de la administración, son susceptibles de impugnación, tales como los actos de simple administración, respecto de los cuales, es susceptible de impugnación el acto administrativo resultante de aquél, los hechos administrativos, los actos normativos así

como los contratos administrativos, todo esto, por tratarse de manifestaciones de la voluntad administrativa, capaces de lesionar derechos.

9.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede demandarse cualquier vicio de irregularidad del cual pueda adolecer un acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: Es plausible, en la medida de que todo acto de la administración, es susceptible de sanciones, las cuales, deben ser declaradas obligatoriamente por el órgano jurisdiccional, en la medida de que, la justicia contencioso administrativa, tiene como deber, el control de la legalidad de los actos y decisiones y más voluntades de la Administración, sin embargo, en este aspecto, la ley carece de norma jurídica específica sobre este aspecto.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que efectivamente, es plausible reclamar por las vías contencioso administrativas, la declaratoria de cualquiera de las sanciones que prevé la jurisprudencia y la doctrina para los actos irregulares, sin embargo, lamentablemente la ley en este aspecto, no prevé norma jurídica expresa que permita la imposición de tales sanciones, lo que resulta contradictorio, en razón de que los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, están en la obligación de controlar la legalidad de las actuaciones y manifestaciones de la Administración Pública.

10.- ¿Considera pertinente formular una propuesta de reforma jurídica que precise las normas de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos?

Respuesta: Sí, es pertinente, en la medida de garantizar que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, se ajuste a las nuevas tendencias de la doctrina y jurisprudencia ecuatorianas, así como a las tendencias doctrinales y jurisprudenciales internacionales.

Comentario: De la respuesta que antecede, se desprende que es plenamente procedente formular una propuesta de reforma jurídica, que recoja los avances jurisprudenciales en materia de ilegalidad y nulidad del acto administrativo, y más irregularidades adscritas a él, con la finalidad de que el recurrente, cuente con las

herramientas necesarias para reclamar sus derechos, garantizando así , su derecho a la seguridad jurídica.

RESPUESTAS - Dr. Hernán Quevedo Terán, ex – Magistrado de la Sala de lo Contencioso Tributario de la ex – Corte Suprema de Justicia (vía telefónica 0999739072)

1.- ¿Conoce usted que es la acción contencioso administrativa?

Respuesta: La acción contencioso administrativa, en términos generales, no es más que la demanda presentada ante el órgano jurisdiccional competente, la misma que tiene por finalidad, impugnar la irregularidad de un acto de la administración en concreto.

Comentario: De la respuesta que antecede, el entrevistado concluye que la acción contencioso administrativa, tiene por finalidad, de manera general, impugnar la irregularidad de la cual, presuntamente adolece el acto de la administración.

2.- ¿Conoce usted cuáles son las vías contenciosas administrativas?

Respuesta: El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es bastante claro, en el sentido, de que la acción contencioso administrativa, se subdivide en dos categorías, siendo éstas, la vía objetiva así como la vía subjetiva, las mismas, cabe destacar, son distintas y excluyentes entre sí, precisamente por sus pretensiones.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que efectivamente, la acción contencioso administrativa, se subdivide en dos categorías, siendo éstas, la acción subjetiva o de plena jurisdicción y la acción objetiva, de anulación o por exceso de poder; tal cual, como lo prevé el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; las mismas, que tal como lo sostiene el entrevistado, son excluyentes entre sí, por cuanto persiguen fines distintos o disímiles.

3.- ¿Cree usted que un recurso objetivo y un recurso subjetivo son diferentes entre sí?

Respuesta: Indudablemente, y como bien lo señale en las preguntas anteriores, por las pretensiones contenidas en cada uno de ellos, todo esto, en mérito, de que por el recurso objetivo, perseguimos la declaratoria de nulidad de un acto de carácter general, impersonal y objetivo en tanto que por el recurso subjetivo, perseguimos la reparación de un derecho particular y personal, impugnando para el efecto, un acto de carácter particular.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la acción contencioso subjetiva y la objetiva, son diferentes entre sí, puesto que por la primera, se persigue la reparación de un derecho individual que ha sido presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente en tanto que por la segunda, se persigue nada más que el reconocimiento del imperio de la legalidad, en cuanto al acto administrativo de carácter puramente general.

4.- ¿Conoce usted; el fundamento jurisprudencial por el cual, se entiende que un acto administrativo es ilegal?

Respuesta: Si, la jurisprudencia al respecto, sostiene que la ilegalidad procede cuando el acto no recoge los requisitos que le son esenciales, esto es, que si el acto, carece de la debida contención de sus elementos; adolecerá de este vicio.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la ilegalidad, fundamentalmente se tiene por tal, cuando el acto, carece de sus requisitos intrínsecos, es decir, cuando han sido indebidamente forjados, atentando así, al ordenamiento jurídico.

5.- ¿Conoce usted las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

Respuesta: El Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, prescribe que la nulidad de una resolución o en su defecto, de un procedimiento administrativo, se perfecciona, ante la concurrencia de dos causales específicas, las mismas que pueden subsistir de manera individual, es decir, que por una de ellas, la nulidad es lata. Estas causales son, la incompetencia del órgano administrativo que emana el acto y la segunda, la omisión de las formalidades sustanciales que son propias para dictar un acto o para iniciar un procedimiento administrativo, estableciéndose, como requisito indispensable, que la nulidad por la segunda causal,

será admisible cuando la omisión, haya causado gravamen irreparable o en su defecto haya incidido en la decisión de la causa.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la nulidad de un acto o del procedimiento administrativo, opera según las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto es, cuando el acto ha sido dictado o el procedimiento iniciado por una autoridad manifiestamente incompetente o en su defecto cuando el acto ha sido dictado o el procedimiento ha sido iniciado, sin observar las formalidades sustanciales que les son inherentes, en tanto y en cuanto, tales omisiones hayan incidido en la decisión de la causa administrativa o en su defecto, cuando hayan causado gravamen irreparable a los intervinientes o afectados por el acto impugnado.

6.- ¿Conoce usted por cuál vía contencioso administrativa, puede demandar la ilegalidad de un acto administrativo?

Respuesta: Indiscutiblemente por la subjetiva, tal como lo sostiene la jurisprudencia nacional, esto, por cuanto, por la vía objetiva, solamente procede la impugnación de nulidad de un acto impugnado, tal y como lo sostiene el inciso segundo del Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Además, desde mi punto de vista, solamente los actos particulares, son susceptibles de ilegalidad, aunque no es inadmisibles sostener, que un acto, sea general o particular, es susceptible de ilegalidad o nulidad o cualquier otro vicio; todo esto, por el efecto causado, es decir, por el derecho vulnerado.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la vía subjetiva, es la idónea para impugnar la ilegalidad de un acto administrativo, fundamentalmente por las siguientes razones:

- Por cuanto, el recurso objetivo, privativamente permite la impugnación de nulidad de un acto; y,
- Por cuanto, la ilegalidad, recae únicamente sobre los actos de carácter particular, bajo la perspectiva del enunciado anterior.

Sin embargo, el entrevistado, sostiene que el acto, sea general o particular, puede ser susceptible de cualquier vicio, más, lo que los hace distintos al momento de plantear el

recurso contencioso administrativo correspondiente, es la naturaleza o especie del derecho vulnerado.

7.- ¿Conoce usted cuáles son las diferencias entre la legalidad y la nulidad de un acto administrativo; según la jurisprudencia de nuestro país?

Respuesta: La jurisprudencia, al respecto, precisa que la nulidad se cristaliza, únicamente por las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en tanto que la ilegalidad, supondría entonces, toda violación al ordenamiento jurídico, por la finalidad misma del acto; es por esto, que la ilegalidad es en sí misma, la no convergencia de los requisitos que le son inherentes al acto. Además, la ilegalidad y la nulidad, son diferentes entre sí, en cuanto a sus efectos, ya que la primera, no es retroactiva, lo que no da lugar al pago de valores, salvo los meramente reparatorios, en tanto que la segunda, por causar efectos retroactivos, supone el pago de valores dejados de percibir por el recurrente, por concepto de la vigencia y ejecutividad del pago impugnado.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige, que efectivamente la nulidad y la ilegalidad, son diferentes y excluyentes entre sí, por dos aspectos que me resultan esenciales:

- Por cuanto, operan ante circunstancias distintas, siendo así, la nulidad, solamente por el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en tanto que la ilegalidad, cuando el acto vulnera el ordenamiento jurídico, repeliendo sus requisitos esenciales; y,
- Por cuanto, surten efectos jurídicos distintos, siendo así, que la ilegalidad, no surte efectos retroactivos en tanto que la nulidad, si los surte; regla que generalmente se toma en cuenta para la reparación de perjuicios y pago de valores.

8.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede impugnarse cualquier acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: Si, efectivamente, es más, el Estatuto de Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, admite tal posibilidad, pero solamente para la Función Ejecutiva, más no para las demás funciones del Estado, las mismas que regidas por la

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es admisible la impugnación de los actos administrativos, contratos administrativos y procedimientos administrativos.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que es jurídicamente factible impugnar los actos de la administración, pero, tan solamente aquellos emanados por la Función Ejecutiva, en tanto que para los actos emanados de las demás funciones del Estado, el recurrente debe ajustarse a las normas legales contenidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la misma que permite únicamente la impugnación de los actos administrativos de carácter general o particular, los procedimientos y los contratos administrativos.

9.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede demandarse cualquier vicio de irregularidad del cual pueda adolecer un acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: Siendo taxativo o proporcionado con la norma, es inadmisibles, puesto que la ley, solamente prevé la nulidad, como única sanción aplicable a los actos, contratos y procedimientos administrativos, lo que no guarda relación con las nuevas tendencias de la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional, las cuales, prevén las figuras de la revocación, la anulabilidad, la inexistencia y hasta la ilegalidad de los actos de la administración.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que es inadmisibles impugnar otra sanción que no sea la nulidad de los actos, procedimientos y contratos administrativos, puesto que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no prevé tales posibilidades, aunque la jurisprudencia nacional, refiera a la ilegalidad de los actos, como una institución jurídica independiente de la nulidad y por su parte la doctrina, que refiere a la revocación, anulabilidad e inexistencia de los actos de la Administración Pública.

10.- ¿Considera pertinente formular una propuesta de reforma jurídica que precise las normas de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos?

Respuesta: Es sumamente necesario, puesto que, así, no solamente que el recurrente gozará de seguridad jurídica al momento de plantear su recurso, sino

también, que la ley, guardará proporción con las nuevas tendencias del derecho contencioso administrativo.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que una reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estableciendo, concretamente en el Art. 3 de la precitada ley, las normas de admisibilidad de cada uno de los recursos contenciosos administrativos, garantizará la seguridad jurídica del recurrente y además, que el órgano jurisdiccional, goce de las herramientas legales pertinentes, para sancionar todo acto, decisión, manifestación o actuación de la administración, contraria al ordenamiento jurídico.

RESPUESTAS - Dr. Hernán Rodrigo Torres Iñiguez:

1.- ¿Conoce usted que es la acción contencioso administrativa?

Respuesta: Si, la acción contencioso administrativa o la demanda contencioso administrativa, es un mecanismo legal que permite al administrado o al particular, impugnar los actos de la administración, fundamentalmente cuando éstos, alteran el orden jurídico o violan derechos del que propone la demanda.

Comentario: De la respuesta que antecede, el entrevistado concluye que la acción contencioso administrativa, busca la impugnación de los actos de la administración, esencialmente cuando éstos, carecen de objetividad jurídica o en su defecto, cuando atentan a los derechos de los administrados, interesados o particulares.

2.- ¿Conoce usted cuáles son las vías contenciosas administrativas?

Respuesta: Son dos, la objetiva y la subjetiva respectivamente; según lo que establece el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que la acción contencioso administrativa, se subdivide en objetiva y subjetiva respectivamente, tal cual como lo prescribe el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

3.- ¿Cree usted que un recurso objetivo y un recurso subjetivo son diferentes entre sí?

Respuesta: Si, porque por el primero, se pretende viabilizar la reparación de un derecho que ha sido presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por un órgano administrativo, mientras que por el segundo, se pretende garantizar la tutela en el cumplimiento de la norma jurídica, impugnado para el efecto, la nulidad de un acto.

Comentario: De la respuesta que antecede, se desprende que la acción contenciosa administrativa, ciertamente que es dual, y en consecuencia, cada clase de acción, es diferente respecto de la otra, en virtud, de que por la primera, es decir, la subjetiva, se persigue la reparación de un derecho subjetivo o individual vulnerado en tanto que por la segunda, es decir, la objetiva, se persigue la nulidad de un acto de carácter general, por vulnerar el ordenamiento jurídico superior.

4.- ¿Conoce usted; el fundamento jurisprudencial por el cual, se entiende que un acto administrativo es ilegal?

Respuesta: No, desconozco, pero presumo que un acto es ilegal cuando atenta a la ley, es decir, cuando se le contrapone.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que el entrevistado concibe a la ilegalidad, como aquel acto irregular que contradice una norma jurídica superior, lo que es incorrecto, ya que, este modo de irregularidad, según nuestra legislación, trae consigo la nulidad del acto presuntamente irregular.

5.- ¿Conoce usted las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

Respuesta: La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su Art. 59 sostiene que la nulidad de una resolución o del procedimiento administrativo, procede ante dos posibilidades, la prevista en el literal a) que tiene que ver con la incompetencia de la autoridad que dictó la resolución o la providencia y la contemplada en el literal b) que tiene que ver con la omisión de las formalidades legales que se deben observar para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, siempre y cuando, tal omisión, cause gravamen de difícil reparación o incida en la decisión de la causa.

Comentario: De la respuesta que antecede, se desprende que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en su artículo 59, es sumamente clara al establecer que son dos las causales por las cuales procede la nulidad de un acto administrativo, siendo éstas, la incompetencia de la autoridad administrativa que dicta la resolución o inicia el procedimiento (providencia) o la omisión de las formalidades legales previstas para dictar una resolución o iniciar un procedimiento, siempre y cuando, tales omisiones a la formalidad, causen gravamen irreparable o en su defecto, incidan en la decisión de la causa.

6.- ¿Conoce usted por cuál vía contencioso administrativa, puede demandar la ilegalidad de un acto administrativo?

Respuesta: Por ninguna, porque la ley no contempla tal acepción jurídica, solamente la nulidad del acto de la administración.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que el entrevistado, a su criterio, considera que la ilegalidad, más allá de ser una institución creada por la jurisprudencia nacional, como sanción a los actos de la administración, es imposible en cuanto a su persecución, por cuanto la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no la permite expresamente.

7.- ¿Conoce usted cuáles son las diferencias entre la legalidad y la nulidad de un acto administrativo; según la jurisprudencia de nuestro país?

Respuesta: Considero que la ilegalidad es el fondo, en el sentido de que el acto, es ilegal, cuando contradice el ordenamiento legal, en tanto que la nulidad, es en la forma, según las causales previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Comentario: De la respuesta que antecede, el entrevistado ciertamente diferencia la ilegalidad de la nulidad, pero bajo su personalísima óptica, manifestando, que la primera, se cristaliza cuando el acto, por el fondo, vulnera el orden jurídico superior, es decir, el imperio de la ley, en tanto que la segunda, es por la forma, es decir, cuando el acto carece de sus elementos formales.

8.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede impugnarse cualquier acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: No, porque siendo respetuosos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, solamente es posible impugnar a los actos administrativos de carácter general o particular, a los contratos; según como lo dice el Art. 65 de la ley ibídem y finalmente los procedimientos administrativos, tal y como lo sostiene, de igual forma para el primer caso, el Art. 59 de la ley.

Comentario: De la respuesta que antecede, se desprende que, para criterio del entrevistado y al tenor de la ley, únicamente es perfectible, impugnar a los actos administrativos, procedimientos y contratos administrativos, más, los actos de simple administración y los hechos, la ley, ciertamente que no admite tal posibilidad, lo que de por sí, se tiene como una insuficiencia jurídica.

9.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede demandarse cualquier vicio de irregularidad del cual pueda adolecer un acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

Respuesta: No, no todo vicio puede ser impugnado o perseguido a través del planteamiento de una demanda contencioso administrativa, solamente la nulidad; según el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que, para el entrevistado, la única sanción perseguible para la imputación a un acto, contrato o procedimiento administrativo, es la nulidad, al tenor de lo que dispone el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

10.- ¿Considera pertinente formular una propuesta de reforma jurídica que precise las normas de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos?

Respuesta: En mi opinión, pienso que es necesaria, sobre todo, con la finalidad de articular de manera efectiva; el derecho de incoar la acción contencioso administrativa, todo esto, a sabiendas, que la Administración Pública, se manifiesta en diversos modos y por ende, cada una de dichas manifestaciones, es susceptible de sanciones que responden a diversas condiciones de irregularidad.

Comentario: De la respuesta que antecede, se colige que es imprescindible reformar, en concreto, el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con la finalidad de que el accionante o recurrente, pueda perseguir su pretensión, en legal forma, es decir, invocando la sanción y procurando la pretensión, en coherencia con la ley, en este sentido, es la legislación, la que debe ser precisa, clara y abundante, en la medida de satisfacer toda pretensión, legalmente posible y admisible, bajo la óptima de las nuevas tendencias jurisprudenciales y doctrinales en esta materia.

6.3. ESTUDIO DE CASOS:

6.3.1. Datos Referenciales:

Corte Suprema de Justicia

- Expediente Nro. 62, Registro Oficial Suplemento Nro. 67 de fecha 1 de Septiembre del 2010.
- Serie 16, Gaceta Judicial Nro. 5 de 10 de enero de 1996.
- Serie 18, Gaceta Judicial Nro. 9 de 09 de noviembre del 2009.
- Expediente de Casación Nro. 43, Registro Oficial 46 de 17 de abril de 1997.

6.3.2. Análisis de Resoluciones:

6.3.2.1. RESOLUCION NRO. 1 (Expediente Nro. 62, Registro Oficial Suplemento Nro. 67 de fecha 1 de Septiembre del 2010.)- La Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución de fecha 03 de marzo del 2008, respecto de los recursos contenciosos administrativos, consideró lo que sigue: *"Las disposiciones 3 y 6 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativas mencionadas por los recurrentes, se refieren a las dos clases de recursos, y a la competencia. El artículo 3 de la ley ibídem define con claridad cada uno de los recursos. Dice que: "... El recurso de plena jurisdicción, subjetivo ampara a un derecho, subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no desconocido no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata."; y que "El recurso de anulación objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetivo, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la*

acción, solicitando al tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal."- Es imperativo para el Juez de instancia, dentro del régimen contencioso administrativo, examinar, para la calificación respectiva, la clase de recurso que contiene la demanda: subjetivo o de plena jurisdicción: o de anulación u objetivo, pues, tales recursos, son, en esencia y fines, diferentes entre sí. Según la ley, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, el recurso de anulación u objetivo es admisible cuando la norma jurídica objetiva ha sido transgredida por el acto administrativo denunciado si este es de carácter general, impersonal y objetivo, de efecto erga omnes y no inter partes a fin de defender el derecho objetivo; esto es, el imperio de la norma positiva, preservar su vigencia y la seguridad jurídica. Este recurso, a diferencia del de plena jurisdicción o subjetivo, no atiende el interés personal o particular de la o las personal que hubieran o pudieran haber sido afectadas o perjudicadas con el acto administrativo."

Comentario: De la resolución que antecede, se colige que, tanto el recurso objetivo o por exceso de poder así como el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, son en esencia, divergentes entre sí. Tal es así, que el recurso objetivo o de anulación, se propone fundamentalmente cuando la norma jurídica objetiva es transgredida por el acto administrativo de carácter general, impersonal y objetivo, de efecto erga omnes y no inter partes, todo esto, con la finalidad de precautelar el derecho objetivo del recurrente, esto es, el imperio de la norma jurídica, su condición positiva así como la seguridad jurídica; en tanto que el recurso subjetivo, atiende al interés personal o particular del recurrente, impugnando así, un acto de carácter particular o subjetivo.

6.3.2.2. RESOLUCION NRO. 2 (Serie 16, Gaceta Judicial Nro. 5 de 10 de enero de 1996.)- La Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de casación de fecha 10 de enero de 1996, sostiene respecto de los recursos objetivo y subjetivo, lo que sigue: *"3.4. El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa establece los recursos de plena jurisdicción o subjetivo, y el de anulación u objetivo, que se completa la resolución de 24 de junio de 1991 (R.O. No. 722:91). Este último, recurso únicamente cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, esencialmente se trata de normas reglamentarias, que regulan un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. Mientras que, el recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular que inciden sobre un derecho subjetivo referentes a personas individualizadas y determinadas. Además, debe recordarse que el criterio judicial nacional, en fiel aplicación de la ley, ha venido*

sosteniendo, que el recurso subjetivo se encuentra en íntima relación con un derecho subjetivo público, protegiendo a uno o varios individuos, afectando primordialmente bienes económicos, profesionales, patrimoniales, etc., decidiendo acerca de la validez del acto administrativo, las indemnizaciones y demás reclamaciones generadas por la lesión que causa el acto administrativo, y también sobre las costas; mientras, que el recurso objetivo, por el contrario, tiene como único y excluyente objeto, que se restablezca el imperio de la Ley, lesionada por el acto administrativo impugnado, puesto que considera solamente a la norma en sí misma, expresamente identificada e individualizada, buscando restaurar el derecho normativo, pero prescindiendo de cualquier derecho subjetivo que pudiese invocar el accionante, u otras situaciones jurídicas que puedan tener los particulares, siendo improcedente pretender el pago de indemnizaciones o la devolución de bienes. Finalmente, como anteriormente se ha decidido, el recurso objetivo, busca la anulación del ilegal acto administrativo, debido a violaciones perpetradas en aspectos formales relacionados a la manifestación de voluntad de la administración o violaciones que afectan el objeto y fin de la gestión administrativa en aspectos materiales, así la competencia en razón de la materia y las personas o la desviación del poder en tales resoluciones, o sea que no están previstas en la ley. En el otro caso, el recurso subjetivo, busca exigir alguna acción o cosa a la Administración Pública o a las personas jurídicas semipúblicas, o viceversa, también es la facultad de éstas, a su vez para exigir algo al administrado, pero que en ambas situaciones, no es otra cosa que la individualización del interés protegido, que constituye el derecho subjetivo, sea general o especial, excluyéndose el simple interés por la legalidad, que afectada indirectamente a los habitantes del Estado y sus organismos seccionales. En síntesis, tampoco queda al criterio de los justiciables determinar la clase de recurso contencioso administrativo propuesto; ni tampoco es facultad discrecional del juzgador el efectuar la calificación, debido a que taxativamente se encuentran definidos ambos recursos por la Ley, correspondiendo a los jueces señalar su naturaleza, en primer lugar el aceptar o negar al trámite la demanda y en forma definitiva al dictar sentencia.”

Comentario: De la resolución que antecede, se colige que el recurso objetivo se propone contra todo acto de carácter general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, es decir, en tratándose de normas reglamentarias que afectan a un conjunto de personas, cuya esencia de la pugna, es su contradicción con las normas jurídicas de mayor jerarquía, como son las legales. Más, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, procede contra todo acto de naturaleza individual, particular y subjetiva, el mismo que afecta a los derechos de una persona en específico, la misma

que puede ser natural o jurídica, según sea el caso. Es por intermedio del recurso subjetivo, que se persigue la reparación de bienes profesionales, patrimoniales o económicos, es decir, la reparación de los daños causados por la ilegalidad de un acto administrativo, en tanto que por intermedio del recurso objetivo, solamente se persigue el restablecimiento de la legalidad, es decir, el imperio de la norma jurídica superior; pretendiendo para el efecto, la anulación del acto impugnado; por haber violado aquél, aspectos formales vinculantes a la formación de la voluntad administrativa o en su defecto, cuando tales violaciones afectan al fin u objeto de la gestión administrativa.

Asimismo, la resolución que antecede, sostiene, que el justiciable, no debe precisar en su demanda, la clase de recurso que propone, y a su vez, no es facultad discrecional de la Administración de Justicia, efectuar la calificación del recurso, por cuanto, expresamente el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, define los recursos contenciosos administrativos de sujeción jurisdiccional.

6.3.2.3. RESOLUCION NRO. 3 (Serie 18, Gaceta Judicial 9 de 09 de noviembre del 2009).- La Corte Suprema de Justicia, mediante resolución de fecha 09 de noviembre del 2009, expone textualmente lo que sigue, respecto de la nulidad y la ilegalidad del acto administrativo: *"NOVENO: Ahora bien, tratándose de un "acto administrativo regular", que ha generado derechos para el administrado, sólo es posible dejarlo sin efecto por los vicios en que hubiere incurrido, por medio del mecanismo de la declaración y acción de lesividad. Con propósitos aclaratorios es necesario señalar que la doctrina del "acto administrativo regular" permite considerar que un acto administrativo del que se derivan derechos para el particular y que no contiene vicios que generen su nulidad absoluta, no puede ser extinguido por razones de conveniencia o legitimidad en la misma sede de Administración en ejercicio de su propio auto tutela. Se requiere acudir a los órganos jurisdiccionales, previa declaratoria de su lesividad. De otra parte, dado que no es posible sostener, en el presente caso, que el acto administrativo de designación puede ser extinguido por la misma Administración en ejercicio de su auto tutela por los vicios detectados -se trata de vicios en el procedimiento-, es claro que la relación sólo pudo concluir por una de las causales de destitución previstas en la Ley, y previo el procedimiento debido, de tal forma que la acción de personal número 057-C)P-HHC-2005, de 14 de abril de 2005, con la que se agradece los servicios del actor, es ilegal, como lo ha señalado el Tribunal a quo (lo que da lugar al reintegro de aquél); sin embargo, el Tribunal ha cometido un error esencial, al confundir o pretender equiparar la declaración de ilegalidad de un acto administrativo con la de nulidad. Conforme ha señalado, en*

numerosas ocasiones, esta Sala, la ilegalidad es el género, en tanto que la nulidad es la especie, en tratándose de un recurso subjetivo como es el propuesto por el recurrente; siempre que se viola un derecho subjetivo del recurrente o se emite un acto administrativo sin cumplir los requisitos esenciales para su emisión se está ante un acto ilegal, mas tal acto ilegal es nulo únicamente cuando se encuentra en uno de los casos determinados en el artículo 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, cuando lo ha emitido una autoridad carente de competencia para dictarlo o cuando no se han cumplido los elementos esenciales del acto administrativo. El acto ilegal evidentemente existió, solo que no es eficaz; en tanto que el acto nulo se reputa inexistente. Como consecuencia de ello, los efectos de la ilegalidad y de la nulidad son totalmente diferentes: cuando el acto es nulo, considerar, en derecho, que éste no existió, trae como consecuencia la necesidad de otorgar al afectado por aquel acto nulo todos los valores que, por remuneraciones, debía recibir durante el lapso en que permaneció extrañado de sus funciones, como consecuencia de un acto inexistente; en tanto que en el caso de la ilegalidad, al existir el acto, aunque con incapacidad de producir efectos por su ilegalidad, no hay lugar al pago de tales remuneraciones.”

Comentario: De la resolución que antecede, se colige, primeramente, que la institución jurídica de la ilegalidad, nace fundamentalmente con la jurisprudencia, definiéndola a ésta, como un vicio inherente al acto administrativo, cuya operatividad o materialidad, se tendrá por tal, cuando el acto, no reúne los requisitos legales que le son inherentes, más, finalmente, se desprende, que tanto la ilegalidad así como la nulidad, son en esencia, diferentes entre sí, siendo que, la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie, cuyos efectos, son, por el primero, no retroactivos en tanto que por el segundo, efectivamente retroactivos (pago de remuneraciones) precisándose que las únicas causales de nulidad de un acto administrativo o de un procedimiento administrativo, son las previstas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

6.3.2.4. RESOLUCION NRO. 4 (Expediente de Casación Nro. 43, Registro Oficial 46 de 17 de abril de 1997).- La Corte Suprema de Justicia, respecto a la existencia de un recurso contencioso administrativo mal planteado o infundado, textualmente sostiene: “Tal es el caso siguiente: “*TERCERO.- En el presente caso de autos consta lo siguiente: a. El actor en su libelo de demanda en el acápite tercero dice expresamente lo siguiente: "Con estos antecedentes y fundado en las disposiciones de los artículos 96 inciso tercero de la Constitución Política de la República; 1, 3 inciso*

tercero 5, 10 literal a) 23 literal c) 24 literal a) 59 literal b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, demando en acción de anulación objetiva por exceso de poder al señor ingeniero Ramón Humberto Vera León, en su calidad de Presidente Ejecutivo de la CODIGEM, a fin de que en sentencia se declare la ilegalidad y absoluta invalidez jurídica del acto administrativo contenido en la acción de personal No. 720 del 23 de diciembre de 1993, mediante el cual la referida autoridad nominadora resuelve notificarme con la cesación de mis funciones de Especialista en Geología y Minas 2, a partir del primero de enero de 1994; se lo condene a la inmediata restitución al puesto de cuyo ejercicio se me ha privado, con el correspondiente pago de todas las remuneraciones y más beneficios de ley que me correspondan por todo el tiempo que permaneciere alejado del ejercicio de mis funciones en virtud de la expedición del acto administrativo que impugno". b. La sentencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo Distrito de Quito, Primera Sala con fecha 11 de junio de 1996 a las 15h00, señala en el acápite cuarto lo siguiente: CUARTO.- Del análisis que precede, se concluye que el recurso que amparaba a los derechos subjetivos del actor, era el subjetivo o de plena jurisdicción; pues, con su demanda, está pretendiendo la devolución del cargo y el pago de todas las remuneraciones. Por lo expuesto, sin que sea necesario otras consideraciones, al no proceder el recurso objetivo o de anulación o por exceso de poder deducido por Segundo Rosendo Tusa Paredes la Primera Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, Distrito de Quito, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, desecha la demanda. Sin costas. Notifíquese. "c. De lo que se colige que fue el propio actor que en su libelo, demanda en acción de anulación objetivo por exceso de poder, muy diferente a la acción subjetiva o de plena jurisdicción, como bien lo señala el fallo de primera instancia; y, si bien el objeto de la demanda es someter su pretensión al juzgador a quien solicita una sentencia favorable, no es menos cierto que una demanda mal planteada o infundada no produce el efecto jurídico que se proponía, pero mientras la litis está pendiente no podía saberse si existe la acción y por lo tanto si podía ser ejecutada, por lo que bien hizo el Tribunal a quo al dictar sentencia desechando la demanda tal como ésta fue planteada, sin que de modo alguno haya concurrido en el fallo del inferior la causal cuarta del Art. 3 de la Ley de Casación. En tal virtud, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto por el demandante Segundo Rosendo Tusa Paredes por improcedente."

Comentario: Respecto de la resolución que antecede, se colige, que la naturaleza del recurso contencioso administrativo, se halla determinado, no por el vicio atribuible al

acto impugnado, sino por la especie o clase de derecho que ha sido vulnerado, precisamente por tal acto; siendo así, que si el acto, vulnera derechos subjetivos, la vía contencioso administrativa admisible para su activación, será la subjetiva, en tanto que si el acto, ha vulnerado derechos objetivos, la vía contencioso administrativa pertinente, será la objetiva. Sin embargo, como puede evidenciarse, la insuficiencia normativa de la cual adolece el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, impide que el recurrente-administrado, pueda interponer su recurso, de manera coherente a la norma jurídica, precisamente por la inexistencia de causales de admisibilidad y de persecución claras y precisas, sobre las cuales, se garantiza la legitimidad de la acción contencioso administrativa. Como puede evidenciarse, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, al observar que el recurso se halla mal planteado, se inhibe de cuestionar el fondo del asunto, lo que implica, que aunque el recurrente, tenga la razón en sus afirmaciones, pues su pretensión automáticamente desaparece, si ésta ha sido proyectada a través de una vía contencioso administrativa inadmisibile; lo que ciertamente supone la existencia de un estado material de inseguridad jurídica respecto del recurrente; puesto que por la omisión de una formalidad, que para la jurisprudencia es sustancial, su aspiración, aunque sostenida en la realidad, se tiene por impura, en la esfera de la legitimidad del recurso planteado.

7.- DISCUSIÓN:

7.1. VERIFICACION DE OBJETIVOS.- Dentro del proyecto de tesis, se han planteado los siguientes objetivos:

OBJETIVO GENERAL: Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario del Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vinculante con la factibilidad técnico-jurídica para la proposición de los recursos objetivo y subjetivo.

Este objetivo ha sido verificado, durante el desarrollo del marco o matriz jurídica que compone la presente tesis, en la cual, se ha analizado en forma consistente, la naturaleza legal de los recursos contenciosos administrativos objetivo y subjetivo respectivamente, precisando los alcances de éstos. Del estudio en cuestión, decimos, que el recurso contencioso administrativo subjetivo, es aquél que persigue la reparación de un derecho individual y personal, en tanto que el segundo, persigue el restablecimiento de la legalidad y la tutela en el cumplimiento de la norma jurídica positiva. Ahora bien, del mismo estudio, se desprende, que si el recurrente, confunde la acción contencioso administrativa que plantea, automáticamente la demanda, se tendrá por mal planteada y por lo tanto deberá ser desechada por el Tribunal a quo, en observancia del principio de congruencia genérica. Asimismo, de la verificación de este objetivo, se coligió, que la legislación ecuatoriana, no precisa cuáles son los actos de la administración susceptibles de impugnación así como también los castigos posibles respecto de aquellos, es decir, si son revocables, anulables, ilegales o inexistentes, con excepción de la sanción de nulidad, claramente prevista en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que ciertamente, torna la norma jurídica, como insuficiente, puesto que distrae el debido ejercicio del derecho de acción inherente al recurrente; provocando así, inseguridad jurídica.

OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

- **Estudiar de manera histórica, las vías contenciosas administrativas en la legislación.**
- **Determinar las causas y efectos de la ininteligencia de las disposiciones que contiene el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.**

- **Determinar las alternativas de solución más adecuadas al problema planteado.**

Los objetivos específicos antes señalados hubieron de ser abordados durante el desarrollo del marco jurídico. Respecto del primero, concluimos que el Ecuador, a partir de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en 1968; cuenta ya con una organización territorial-jurisdiccional con competencia en materia de lo contencioso administrativo y a su vez, prevé los recursos contenciosos administrativos por intermedio de los cuales, pueden impugnarse los actos administrativos de especie irregular; legislación que hasta la actualidad se mantiene vigente, sin haber sufrido modificación alguna; teniéndose ya por obsoleta ante las nuevas tendencias doctrinarias y jurisprudenciales internacionales. Respecto del segundo, concluimos que la ininteligencia del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, nace principalmente de la jurisprudencia; en específico, del apareamiento de la ilegalidad; como figura jurídica paralela a la nulidad de los actos administrativos. Además, la propia ley; distingue dos especies de nulidad que tornan confusa la interposición del recurso; la primera, prevista en el inciso final del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que supone aquellos actos atentatorios a una ley superior y que por lo tanto son nulos; y la segunda, prevista en el Art. 59 de la Ley Ibídem, la misma que advierte, que la nulidad de un acto o de un procedimiento administrativo, opera; cuando interviene como emisor, una autoridad incompetente o en su defecto, cuando se han omitido las formalidades legales para la emisión del acto o para iniciar el procedimiento, en tanto y en cuanto, tales omisiones, incidan en la decisión de la causa administrativa o en su defecto, causen gravamen irreparable. Asimismo, respecto de este objetivo, se ha colegido, que el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no prescribe los actos de la administración susceptibles de impugnación por cada vía contencioso administrativa, asimismo, no prescribe las sanciones posibles y perseguibles a través de la interposición del recurso objetivo o del recurso subjetivo, según sea el caso, lo que ciertamente hace que la precitada norma jurídica, se tenga por insuficiente y desacorde a las nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales, tanto nacionales como internacionales. En cuanto al tercero, concluimos que dada la complejidad; en cuanto a la configuración legal de los recursos contenciosos administrativos y con las nuevas tendencias traídas por la jurisprudencia ecuatoriana, es necesario reformular lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y establecer las normas de admisibilidad de cada una de las vías contencioso administrativas existentes; en razón de las pretensiones a las cuales pueda aspirar el

administrado-recurrente; precisando los actos de la administración que son susceptibles de impugnación ante la justicia contencioso administrativa y finalmente las sanciones que pueden ser perseguidas en declaración por quien activa la acción contencioso administrativa.

7.2. CONTRASTACION DE HIPÓTESIS:

La hipótesis formulada dentro de la presente investigación, establece lo que sigue: *“La insuficiencia jurídica que desprende el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa impide a los administrados el ejercicio pleno de sus derechos; causando inseguridad jurídica.”*

La hipótesis ha sido contrastada durante el desarrollo del análisis jurídico del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, así como de diversas gacetas jurisprudenciales, que hacen notar la confusión de los administrados al momento de deducir el recurso contencioso-administrativo, lo que les equivale a la improcedencia de la demanda; por mal planteada; limitando al órgano jurisdiccional, al análisis de la causa en el fondo, valiéndose del principio de la congruencia genérica; como justificación para los fallos desestimatorios. Asimismo, la hipótesis ha sido contrastada a través de la investigación de campo, en la que la mayor parte del universo encuestado, siendo éstos abogados, desconocen el complejo andamiaje jurídico que comprende tanto a los recursos contenciosos-administrativos, así como a la nulidad e ilegalidad de los actos administrativos, instituciones éstas, que se supone son perseguidas a través del planteamiento de los mencionados recursos de activación jurisdiccional; pero que sin embargo, solo la jurisprudencia ecuatoriana las refiere, con distintos matices y connotaciones diversas; llegando tan solamente a la conclusión de que la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie. Además y como se ha colegido del estudio de otras legislaciones, las pretensiones del administrado pueden ser múltiples, como por ejemplo, la inactividad de la administración, la impugnación de actos basados en una norma inválida; la declaración de nulidad relativa (anulabilidad) de las decisiones y actuaciones de la administración; la actividad ilegal de la administración, la inexistencia de los actos de la administración, la revocación de los actos de la administración, etc; más, la legislación ecuatoriana, por desgracia, es muy limitada en este aspecto, es decir, en cuanto a la determinación de las pretensiones a las cuales puede aspirar el recurrente.

7.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS QUE SOSTIENEN LA PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.

La propuesta de reforma jurídica que ha plantearse en la presente tesis, obedece fundamentalmente a una necesidad que en la praxis jurídica se tiene por irrefutable. La acción contencioso administrativa, así como está concebida en el artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se torna confusa al momento de su aplicación; puesto que, la jurisprudencia refiere, por una parte a la ilegalidad y la nulidad, como figuras jurídicas vinculantes y a la vez excluyentes entre sí, asociadas a las posibles pretensiones que puede alcanzar el recurrente, a través de la activación contencioso-administrativa; definiéndolas de una manera engorrosa; puesto que de la primera se dice, que se materializa cuando el acto ha sido emitido sin observar sus requisitos esenciales, sin precisar cuáles son éstos, en tanto que de la segunda se dice, que se cristaliza; cuando se tienen por puras, cualquiera de las causales previstas en el Art. 59 de la Ley Ibídem; lo que se contrapone a lo previsto en el segundo inciso del Art. 3 de la Ley Ibídem. Respecto de la nulidad, se diría entonces, que se aplica en aquellos casos, en los que el acto administrativo; vulnera el ordenamiento jurídico; lo que no halla consistencia; puesto que se está ante un acto meramente ilegal; por el fondo; y a su vez, en los que el acto administrativo, ha sido emitido por autoridad incompetente o sin la observancia de las formalidades esenciales previas a su emisión; confundiendo así; con la concepción que adopta la jurisprudencia, respecto de la ilegalidad del acto. Es sabido, que el restablecimiento de un derecho subjetivo, es posible a través del juicio de plena jurisdicción; sin embargo, al acto, ¿cómo se lo declara a través de ésta?, acaso solamente ilegal o puede ser declarado nulo, esto, en mérito de que el órgano jurisdiccional está obligado; cuando el acto se reputa irregular, a retirarlo del mundo jurídico, a través de la declaratoria del vicio que ocupa al acto impugnado, considerando además, que si el acto puede ser declarado nulo por la vía subjetiva; en tanto haya vulnerado derechos subjetivos (Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa) significaría que la nulidad puede ser reclamada por ambas vías de activación contencioso administrativa, es decir, existen diversas acepciones nomotéticas sobre estas insuficiencias e incongruencias jurídicas, las mismas que deben ser esclarecidas a través de una propuesta de reforma jurídica que recoja las principales tendencias de la doctrina y jurisprudencia internacionales; todo esto, con la finalidad de proteger el derecho a la seguridad jurídica inherente al administrado.

Adicionalmente, la legislación ecuatoriana es insuficiente, en cuanto a las pretensiones a las cuales puede aspirar el recurrente, es decir, las sanciones que puede perseguir en declaración por el órgano jurisdiccional; y la consecuencia de ellas. La jurisprudencia y la doctrina, establecen como modos de castigo para los actos de la administración, la revocación, la anulabilidad, la inexistencia y la ilegalidad, y no solamente de los actos administrativos, sino también, respecto de las manifestaciones y actuaciones de la Administración Pública, además, la legislación ecuatoriana, concretamente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no prescribe los actos que pueden ser susceptibles de impugnación, tales como los actos normativos, los actos de simple administración, y los hechos administrativos, lo que en su conjunto, permite concluir que la precitada ley, no contempla los actos de la administración susceptibles de impugnación y los castigos aplicables a cada uno de ellos, razón por la cual, se torna imprescindible formular una propuesta de reforma jurídica, también bajo este contexto jurídico; lo que garantizará, no solamente la seguridad jurídica como se ha dicho anteriormente, sino también, el imperio coherente y pertinente de la norma jurídica positiva.

8.- CONCLUSIONES:

Como conclusiones inherentes a la presente tesis, decimos:

1. Que la acción contencioso administrativa, así como está concebida en nuestra legislación, produce ciertamente confusión al momento de su activación, fundamentalmente; por las sanciones que pueden ser logradas a través de cada uno de los modos; puesto que, partimos de la acepción de que el órgano jurisdiccional, debe sancionar el acto administrativo, para condenar los efectos de aquél a la Administración Pública.
2. Que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, solamente refiere a la nulidad de los actos (resoluciones) y de los procedimientos administrativos; en tanto que la ilegalidad, es una figura de creación no tan reciente (1997); traída por la jurisprudencia ecuatoriana; diferenciándose ambas instituciones, bajo la concepción de que la primera, se materializa cuando el acto no recoge los requisitos que le son inherentes; y de que la segunda, se materializa, únicamente cuando opera lo previsto en el Art. 59 de la Ley Ibídem; tornándose confusa la acepción misma, relativa a la ilegalidad y la nulidad; como instituciones jurídicas distintas.
3. Que la irrefutable contradicción existente entre la doctrina, la jurisprudencia y la ley, hacen, que la praxis jurídica del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se torne confusa para el administrado, quedando así en la inseguridad jurídica, puesto que, los órganos jurisdiccionales han acostumbrado, valiéndose del principio de congruencia genérica, en desechar las demandas contencioso administrativas; por mal planteadas, por haber el administrado, incoado incorrectamente el recurso, limitándose por tanto, a no efectuar el análisis correspondiente de las cuestiones de hecho sobre las cuales versó el pleito judicial.
4. Que los actos administrativos, ciertamente son susceptibles de múltiples sanciones, las cuales pueden ser declaradas por el órgano jurisdiccional; cuando en la especie, no lo hecho la Administración; tales como la revocación, la ilegalidad, la anulabilidad, la inexistencia, etc.

5. Que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no establece la posibilidad de impugnar actos normativos, actos de simple administración, hechos y contratos administrativos, según las sanciones legales que les son inherentes, cuando suponen condiciones de irregularidad.
6. Que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, solamente prevé a la nulidad, como la única sanción ajustable a los actos de la administración, sin ajustarse así, a las nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales que en este sentido, advierten otras especies de sanciones de las cuales son susceptibles las decisiones, acuerdos y actuaciones de la Administración Pública; tales como la revocación, la anulabilidad así como la ilegalidad y la inexistencia.
7. Que es indispensable formular una propuesta de reforma jurídica, sobre todo, por cuanto, estamos ante una ley que no ha sufrido mayores modificaciones a partir de su promulgación en el 1968, con la finalidad de esclarecer, fundamentalmente las sanciones que pueden perseguirse para el acto administrativo, a través de ambas vías contenciosas administrativas y cuáles pueden ser las pretensiones que puede alcanzar el administrado; por intermedio de su planteamiento; así como lo tiene distinguido la provincia de La Rioja, perteneciente a la República Argentina, a través de su Código Contencioso Administrativo.

9. RECOMENDACIONES:

Como recomendaciones derivadas de la presente tesis; decimos:

1. Al órgano legislativo, que diseñe las reformas pertinentes a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el sentido, de que prevea las sanciones que pueden perseguirse para el acto administrativo, a través del recurso objetivo, de anulación o por exceso de poder y a través del recurso de plena jurisdicción o subjetivo así como las pretensiones en general, que pueden ser aspiradas por el administrado, al interponer su demanda.
2. A la Corte Nacional de Justicia, que formule propuestas de reforma jurídica a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, principalmente sobre los adoctrinamientos que la propia Sala de lo Contencioso Administrativo ha previsto sobre este asunto y sobre las sanciones posibles que pueden procurarse o perseguirse a través de la activación contencioso-administrativa.
3. A los órganos jurisdiccionales de lo contencioso administrativo, a fin de que formulen consultas a los órganos superiores, al tenor de lo previsto en el Código Orgánico de la Función Judicial, con la finalidad de que aquellos pronunciamientos, en base a la jurisprudencia lograda, se tengan de cumplimiento obligatorio.
4. A la Universidad Nacional de Loja, que por intermedio de la Carrera de Derecho, diseñe un proyecto de reforma jurídica que contribuya al reforzamiento doctrinario y jurisprudencial vinculante a la aplicación de lo previsto en el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
5. A la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja, a fin de que formulen propuestas doctrinales que viabilicen la inteligencia del Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
6. Al Colegio de Abogados de Loja, a fin de que organicen conferencias en materia contencioso administrativa, y con ello, capacitar a los abogados en el libre ejercicio de la profesión y a la ciudadanía en general.
7. Reformar el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el sentido, de que se precisen las causales de admisibilidad y de persecución,

sobre las cuales, el recurrente puede fundar su recurso, según la especie del derecho que le ha sido vulnerado.

10. PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA:

A S A M B L E A N A C I O N A L

Que, el deber más alto del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos humanos, garantizados en nuestra Constitución.

Que, es deber del Estado Ecuatoriano, por intermedio de la Función Legislativa, garantizar la pertinencia de las leyes, en la medida que se articulen con las nuevas tendencias doctrinales y jurisprudenciales existentes.

Que, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, a partir de su promulgación en 1968, no ha sido susceptible de modificación sustancial alguna, tornándose así, incompatible con las nuevas corrientes del pensamiento jurídico nacional.

Que es indispensable, expedir las reformas necesarias a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, las mismas que hallarán sustentabilidad, principalmente en la doctrina y jurisprudencia vigentes, en la medida de garantizar al administrado y al ciudadano en general, susceptibles ambos, de las decisiones de la Administración Pública, las garantías necesarias a fin de que puedan ejercer sus derechos bajo el amparo de la seguridad jurídica.

En el ejercicio de sus atribuciones legales, consagradas en el Art. 120 numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, E X P I D E:

LEY REFORMATORIA A LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Art. 1.- Remplácese el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, por el siguiente:

Art. 3.- De los recursos contenciosos administrativos y sus normas de admisibilidad.- La acción contencioso administrativa, se divide en dos clases; el subjetivo o de plena jurisdicción y el objetivo, de ilegitimidad o por exceso de poder.

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción será activado por el administrado, cuyos derechos personales, individuales o particulares hayan sido negados, desconocidos o

no reconocidos, total o parcialmente por la Administración. Es así, que para impugnar un acto, hecho, contrato o procedimiento, según sea el caso, por la vía subjetiva, aquél deberá observar los siguientes requisitos generales; según la especie:

- a) Que la decisión impugnada, sea definitiva y cause estado;
- b) Que la decisión, actuación o convención impugnada, vulnere un derecho subjetivo de carácter administrativo otorgado por ley, ordenanza, reglamento, concesión o contratos; de servicios públicos, suministros por medio de licitación y obras públicas; u otra disposición administrativa preexistente; y,
- c) Que la decisión, actuación o convención impugnada, emane de la administración en ejercicio de sus facultades.

Por esta vía contencioso administrativa, el recurrente podrá perseguir:

- a) La declaratoria de ilegalidad del acto, hecho o contrato administrativo, es decir, cuando éstos no recogen los requisitos esenciales que le son inherentes.
- b) La declaratoria de nulidad del acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo, es decir, cuando éstos no recogen las formalidades que le son inherentes para su emisión; al tenor de las causales previstas en el Art. 59 de esta ley.
- c) La declaratoria de revocación del acto, hecho o contrato administrativo, por razones de impertinencia; es decir, cuando atenten al interés público o cuando, las cuestiones fácticas por las cuales se han constituido, hayan desaparecido o hayan sufrido mutación; al momento de su emisión o perfección.
- d) La declaratoria de anulabilidad del acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo; en tanto y en cuanto, no la haya declarado el órgano administrativo emisor, al momento de la presentación de la demanda. La anulabilidad, se tendrá por tal, cuando la decisión, convención o actuación impugnada, haya sido emitida por una autoridad incompetente en razón del grado o cuando adolezcan de defectos de forma; en tanto y en cuanto, no recojan los requisitos esenciales para el cumplimiento de su finalidad o cuando hayan causado indefensión a los interesados o cuando deriven de la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo previsto en la ley,

siempre y cuando, así lo imponga la naturaleza del plazo o término; según cada caso.

- e) La declaratoria de inexistencia del acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo; por razones de imposibilidad fáctica, según la especie, o por razones de inexistencia de norma jurídica predeterminada que constituya sustento para la emisión o perfección de las precitadas manifestaciones de la Administración Pública.

Por esta vía, el recurrente podrá perseguir tanto el reconocimiento de los derechos subjetivos que le son inherentes, o en su defecto, el ejercicio de los derechos de esta clase, que le han sido otorgados por ley, contrato o acto administrativo general o particular, pero que no han sido efectivizados por la Administración, por inactividad de ésta así como también, la adopción de las medidas pertinentes que permitan garantizar la viabilidad material de los derechos subjetivos requeridos en reconocimiento.

Independientemente de cuál fuese la sanción que persiga el recurrente en su recurso, deberá fundamentar su pretensión en legal modo; vinculando primordialmente, la naturaleza antijurídica del acto, hecho, contrato o procedimiento impugnado respecto de la violación de los derechos subjetivos que le son inherentes y que le han sido presuntamente negados, desconocidos o no reconocidos, total o parcialmente.

El recurso objetivo, o de ilegitimidad por exceso de poder, será interpuesto contra los actos de la administración pública, que vulneren el imperio y vigencia de la norma jurídica positiva. Es así, que para impugnar una decisión, actuación o convención emanada de la Administración, por la vía objetiva, aquellas, deberán observar los siguientes requisitos generales; según la especie:

- a) Que hayan sido emitidas por un órgano manifiestamente incompetente.
- b) Que hayan sido emitidas, con evidente vicio de forma; según el caso.
- c) Que la finalidad de la decisión o convención, se repunte ilegal;
- d) Que hayan sido engendradas, por manifiesta violación de derecho.

Por tanto, por esta vía contencioso administrativa, el administrado, que tenga interés directo en la decisión, actuación o convención atentatoria y no violatoria de derechos subjetivos, podrá perseguir:

- a) La declaratoria de ilegalidad del acto, hecho o contrato administrativo, es decir, cuando la finalidad de aquéllos, se repute por ilegítimo.
- b) La declaratoria de nulidad del acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo, es decir, cuando éstos no recojan las formalidades que le son inherentes para su emisión; al tenor de las causales previstas en el Art. 59 de esta ley.
- c) La declaratoria de revocación del acto, hecho o contrato administrativo, por razones de impertinencia, es decir, cuando atenten al interés público o cuando, las cuestiones fácticas por las cuales se han constituido, hayan desaparecido o hayan sufrido mutación; al momento de su emisión.
- d) La declaratoria de anulabilidad del acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo; sea por razones de desviación de poder o por falta de autorizaciones previas o informes; según cada caso.
- e) La declaratoria de inexistencia del acto, hecho, contrato o procedimiento administrativo; por razones de imposibilidad fáctica, según la especie, o por razones de inexistencia de norma jurídica predeterminada que constituya sustento para la emisión o perfección de las precitadas manifestaciones de la Administración Pública.
- f) La declaratoria de cancelación del procedimiento precontractual; en tanto y en cuanto, no la haya declarado previamente la entidad contratante; al tenor de las causales previstas en el Art. 34 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.
- g) La declaratoria de desierto del procedimiento precontractual, al tenor de los numerales contenidos en el artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

Independientemente de cuál fuese la sanción que persiga el recurrente en su recurso, deberá fundamentar su pretensión en legal modo; es decir, acusando concretamente la violación de los derechos objetivos que le son inherentes, tales como la seguridad jurídica, el imperio y la vigencia de la norma jurídica positiva; para lo cual, el recurrente

deberá acreditar legitimación activa, es decir, interés directo en el asunto sobre el cual se sostiene su recurso.

El recurrente, al momento de plantear su demanda, precisará qué clase de recurso contencioso administrativo es el que propone para conocimiento y resolución del órgano jurisdiccional, so pena de inadmisibilidad; que será declarada, según el caso, en primera providencia.

Solamente por el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, el recurrente podrá perseguir la reparación de bienes patrimoniales, profesionales o económicos, exigiendo para el efecto, la compensación de indemnizaciones y más valores posibles, derivados por la afectación del derecho subjetivo, en tanto que por el recurso objetivo, de ilegitimidad o por exceso de poder, el recurrente o justiciable, que acredite interés directo para la proposición del recurso, solamente podrá perseguir el restablecimiento de la legalidad de la manifestación, actuación o convención impugnada.

Además, únicamente los actos administrativos, actos de simple administración, hechos administrativos, contratos administrativos y procedimientos administrativos, podrán ser impugnados en sede contencioso administrativa, con excepción de las sanciones de inconstitucionalidad o incumplimiento de los actos normativos y actos administrativos de carácter general, las mismas que podrán ser reclamadas o perseguidas por vía jurisdiccional, exclusivamente en sede constitucional, así como también, todo vicio vinculante a las sanciones excepcionales antes referidas, repercutible a las manifestaciones, convenciones y decisiones de la Administración Pública, al tenor de lo previsto en el Art. 436 de la Constitución de la República del Ecuador.

No podrán ser impugnados por vía contencioso administrativa, aquellos actos que deriven o se constituyan como reproducción de actos previos firmes o definitivos así como también, actos confirmatorios derivados de actos ya consentidos, por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Es dada en San Francisco de la ciudad de Quito, a los veinte y cinco días del mes de noviembre del año 2014.

Gabriela Alejandra Rivadeneira Burbano.
PRESIDENTA

Libia Rivas
SECRETARIA

11. BIBLIOGRAFÍA:

1. ALTAMIRA GIGENA, Julio Isidro, Lecciones de Derecho Administrativo, Advocatus, 2005.
2. BERCAITZ, Miguel Ángel, Teoría General de los Contratos Administrativos, 2da. Edición, Depalma, Buenos Aires, 1980, pag. 246 y 247.
3. BETANCUR JARAMILLO, Carlos, Derecho procesal Administrativo, Señal Editora, Bogotá-Colombia, Cuarta Edición, 1994, página 31.
4. BIELSA, Rafael, Derecho Administrativo, Tomo 2, Buenos Aires, Sociedad Anónima Editora e Impresora, 1980, p. 2
5. BREWER CARÍAS, Allan Randolph Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1964, p.182.
6. Consejo de Estado de Colombia, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de 16 de diciembre de 1987. Expediente No. R-012. Recurso extraordinario de anulación interpuesto por la Nación –Ministerio de Defensa Nacional- contra sentencia de 27 de junio de 1985, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado.
7. DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p. 143.
8. DURÁN PROAÑO, Elena, Justicia Contencioso Administrativa: Su Activación a través de los recursos previstos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Ecuatoriana; pag. 40-42.
9. ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado teórico-práctico de los recursos administrativos, Ediciones Depalma, 1967.
10. ESCOLA, Héctor Jorge, Tratado Integral De Los Contratos Administrativos, Ediciones Depalma, 1979.
11. Expediente de Casación 43, Registro Oficial 46 de 17-abr-1997.
12. Expediente de Casación 38, Registro Oficial 503 de 09-ene-2009.
13. Expediente de Casación Nro. 4, publicado en el Registro Oficial Suplemento Nro. 78 de fecha 21 de octubre del 2010.
14. Expediente Nro. 62, Registro Oficial Suplemento Nro. 67 de fecha 1 de Septiembre del 2010.
15. FERNÁNDEZ, Lindo, Derecho Administrativo, La Paz Bolivia, Editorial "G.H", 1989.
16. FIORINI, Bartolomé Teoría Jurídica del Acto Administrativo, Buenos Aires, Abeledo Perrot, s/f, p. 61.

17. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo. Ed. Civitas, Madrid, 4ta. Edición, 1986, Tomo I, págs. 686 y 687.
18. GONZÁLEZ PÉREZ, J. Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1988, p. 932.
19. GORDILLO, Agustín Tratado de Derecho Administrativo; pág. PRA-I-1
20. GUAITA, Aurelio, El Proceso Administrativo de Lesividad, Ediciones Bosch, Barcelona España, 1998 p. 30.
21. GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Cajica. México. 1965. p. 136.
22. JARAMILLO Ordóñez, Herman, Manual de Derecho Administrativo, Loja, Facultad de Jurisprudencia de Loja, 1999, p. 4.
23. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Ley 35, Registro Oficial 338 de 18-mar-1968.
24. LÓPEZ ARÉVALO, William, Tratado de Contratación Pública, Tomo I, Segunda Edición, Editorial Jurídica del Ecuador.
25. LOWENROSEN Flavio I., Práctica de Derecho Administrativo, Ediciones Jurídicas, Argentina Buenos Aires, 1968, p. 416.
26. MARIENHOFF, Miguel S, TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO, Abeledo-Perrot, 1983, Pág. 34.
27. MORENO MOLINA, José Antonio, PLEITE GUADAMILLAS, Francisco, MASSO GARROTE, Marcos Francisco "Procedimiento y Proceso Administrativo Práctico". Edit. La Ley. España. 2006. p. 168.
28. PENAGOS, Gustavo, El Acto Administrativo, Tomo I, Bogotá, Ediciones Librería del Profesional, 1996, p. 105.
29. PÉREZ DAYAN, Alberto. "Teoría General del Acto Administrativo". Porrúa. México. 2006. Op. Cit., pp. 137 y Ss.
30. RAMÍREZ ARCILA, Carlos, Fundamentos Procesales y Pretensiones Contencioso-Administrativas, Editorial Temis Librería, 1/1/1983.
31. RIVERO DROIT, Jean Administratif, Dalloz, París, 1970.
32. SALA ARQUER, J.M, La revocación de los actos administrativos en el Derecho Español, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, pp. 183 y 184.
33. SANTOFIMIO, Jaime Orlando, Derecho Administrativo, Dpto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, 1996, página 125.
34. SECAIRA, Patricio, Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, p. 256.
35. Serie 16, Gaceta Judicial Nro. 5 de 10 de enero de 1996.

36. Serie 16, Gaceta Judicial Nro. 8 de fecha 13 de febrero de 1997.
37. Serie 16, Gaceta Judicial Nro. 9 de fecha 06 de junio de 1997.
38. Serie 16, Gaceta Judicial Nro. 11 de fecha 27 de marzo de 1998.
39. Serie 16, Gaceta Judicial Nro. 12 de fecha 29 de mayo de 1998.
40. Serie 18, Gaceta Judicial Nro. 9 de 09 de noviembre de 2009.
41. Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Quito, número 10, 1991, p. 147
42. Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora vs. Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Quito, número 10, 1991, p. 147.
43. Sentencia de 15 de noviembre de 2000, Ignacio Zambrano vs. Congreso Nacional, G.J., XVII, 3, 1484.
44. TINAJERO DELGADO Pablo, La Acción de Lesividad, Quito, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Biblioteca de Jurisprudencia, 1998, pp. 77-80.
45. TRON PETOT, Jean Claude y ORTIZ REYES Gabriel. Op. Cit., p. 236.
46. VELÁSQUEZ BAQUERIZO, Ernesto. La Nueva Justicia Administrativa: Diagnóstico de Derecho Contencioso Administrativo y Fiscal en el Ecuador. CLD. Quito-Ecuador- Pág. 62.
47. ZAVALA EGAS, Jorge – Derecho Administrativo, Tomo I.

12. ANEXOS:



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA
MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA
CARRERA DE DERECHO

TEMA:

**“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 3 DE LA LEY DE LA JURISDICCION
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, EN EL SENTIDO DE PRECISAR
CAUSALES CLARAS PARA PROPONER ACCIONES CONTENCIOSAS
ADMINISTRATIVAS POR LAS VÍAS OBJETIVA Y SUBJETIVA.”**

**PROYECTO DE TESIS
PREVIA A LA
OBTENCION DEL TÍTULO
DE ABOGADO.**

AUTOR:

MANUEL IGNACIO ALBUJA BUSTAMANTE.

LOJA-ECUADOR

2014

1.- TEMA:

“NECESIDAD DE REFORMAR EL ART. 3 DE LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, EN EL SENTIDO DE PRECISAR CAUSALES CLARAS PARA PROPONER ACCIONES CONTENCIOSAS ADMINISTRATIVAS POR LAS VÍAS OBJETIVA Y SUBJETIVA.”

2.- PROBLEMÁTICA:

De conformidad con lo establecido en el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, establece las modalidades por intermedio de los cuales, los administrados pueden reclamar sus derechos. Éstas son: Vía Objetiva: Procura el establecimiento de la norma jurídica positiva, es decir, tutela el cumplimiento de la ley, solicitando la nulidad del acto impugnado. La vía subjetiva, procura la reparación de derechos subjetivos. Aparentemente la ley, sugiere causales claras por las cuales proceden los recursos antes señalados; sin embargo, la jurisprudencia es la que, en definitiva, ha reestructurado la concepción misma de ambas vías contenciosas administrativas; confundiendo entre sí, apareciendo nuevas figuras jurídicas como la mera ilegalidad, la legalidad per sé, la lesividad etc, las mismas que la ley no precisa; lo que definitivamente causa confusión para quien propone una acción contenciosa administrativa.

3.- JUSTIFICACIÓN:

El presente proyecto de investigación es plenamente justificable, por cuanto pretende reparar una deficiencia jurídica existente en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, referente a la inexistencia de causales claras por cuales procede el recurso objetivo o subjetivo respectivamente.

Es por ello, que es importante plantear alternativas de solución con la finalidad de corregir las deficiencias jurídicas que aquejan esta aberración jurídica, y sobre todo, garantizar que los administrados ejerzan sus derechos sin ninguna clase de interrupción o inseguridad jurídica.

4.- OBJETIVOS:

Son objetivos del presente proyecto los siguientes:

4.1.- OBJETIVO GENERAL:

Realizar un estudio crítico, jurídico y doctrinario del Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, vinculante con la factibilidad técnico-jurídica para la proposición de los recursos objetivo y subjetivo.

4.2.- OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

4.2.1.- Estudiar de manera histórica, las vías contenciosas administrativas en la legislación.

4.2.2.- Determinar las causas y efectos de la ininteligencia de las disposiciones que contiene el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

4.2.3.- Determinar las alternativas de solución más adecuadas al problema planteado.

5.- HIPÓTESIS:

La insuficiencia jurídica que desprende el Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa impide a los administrados el ejercicio pleno de sus derechos; causando inseguridad jurídica.

6.- MARCO TEÓRICO:

El Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa textualmente sostiene: *“Art. 3.- El recurso contencioso - administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata. El recurso de anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”* Conforme se desprende de la norma jurídica antes señalada, el recurso subjetivo o de plena jurisdicción se proyecta a defender los derechos del recurrente, es decir, cuando éstos, son desobedecidos, no reconocidos o desconocidos, total o parcialmente. En tanto que el recurso objetivo, de anulación o por exceso de poder, se proyecta a garantizar la tutela efectiva, no de derechos, sino de la norma jurídica propiamente dicha, acusando la nulidad del acto administrativo, por adolecer un vicio legal. Parecería bastante claro lo antes anunciado, sin embargo, la doctrina y la

jurisprudencia, enseñan que ambos recursos si bien es cierto que son excluyentes entre sí, no solamente comprenderá por la forma sino también por la el fondo. Tal es así, que por intermedio del recurso objetivo, se pretende la nulidad del acto administrativo, en tanto y en cuanto, éste haya incurrido en lo que dispone el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa; por cuanto, un acto nulo, es el estado más grave de la ilegalidad, por cuanto, no solamente vulnera derechos subjetivos, sino también, objetivos, esto es, que cuando nace de la impureza de la ley, el recurso objetivo es procedente, por cuanto, persigue el reconocimiento de derechos objetivos, tales como la seguridad jurídica, el debido proceso, el imperio de la norma jurídica positiva. En tanto que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, procura la reparación de derechos subjetivos, tales como la reparación patrimonial, la restitución de un valor intangible (puesto o cargo de trabajo); impugnando para el efecto, la ilegalidad del acto administrativo. En consecuencia, la jurisprudencia sostiene que la ilegalidad es el género en tanto que la nulidad es la especie, por la primera, cabrá la vía subjetiva en tanto que por la segunda, cabrá la vía objetiva. Por la vía subjetiva, la controversia causará efecto inter partes en tanto que por la vía objetiva, causará efecto erga omnes, por cuanto la primera, es la contienda entre el administrador y el administrado, en tanto que la segunda, es la contienda entre el administrado y la impureza de la ley. La jurisprudencia al respecto señala: "Las disposiciones 3 y 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa mencionadas por los recurrentes, se refieren a las dos clases de recursos, y a la competencia. El artículo 3 de la ley "ibídem" define con claridad cada uno de los recursos. Dice que: "...El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara a un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata."; y que "El recurso de anulación objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.".- Es imperativo para el Juez de instancia, dentro del régimen contencioso administrativo, examinar la clase de recurso que contiene la demanda: subjetivo o de plena jurisdicción, o de anulación u objetivo, para la calificación respectiva, pues, tales recursos, son, en esencia y fines, diferentes entre sí. En efecto, según la ley, la doctrina y la jurisprudencia de esta Sala, el recurso de anulación u objetivo es admisible cuando la norma jurídica objetiva ha sido transgredida por el acto administrativo denunciado, si éste es de carácter general, impersonal y objetivo, de efecto erga omnes y no inter partes, a fin de defender el derecho objetivo; esto es, el imperio de la norma positiva, preservar su vigencia y la seguridad jurídica. Este

recurso, a diferencia del de plena jurisdicción o subjetivo, no atiende al interés personal o particular de la o las personas que hubieran o pudieran haber sido afectadas o perjudicadas con el acto administrativo.”⁷⁹ “*Si bien el recurso de anulación u objetivo en su parte resolutive no podía ni pudo individualizar situaciones jurídicas particulares afectadas, negadas o no reconocidas, permitiendo que dentro del mismo proceso que concluyó con la sentencia se reclame por sus perjuicios, no es menos cierto que, teniendo como antecedente aquel fallo el o los perjudicados con el acto administrativo anulado, puedan deducir acción autónoma mediante el correspondiente recurso subjetivo impugnando el acto negativo tácito de la administración, como ha ocurrido en el caso "sub júdice", desestimándose, por lo mismo, que la pretensión del nuevo recurso, objeto del presente juicio, fuese de competencia civil y no de lo contencioso administrativo, puesto que es consustancia el recurso subjetivo, emanante del recurso de anulación u objetivo en el que, a la luz de la técnica jurídica no procede reclamación de derechos singulares o particulares conforme se dejó establecido antes. Finalmente, carece de asidero legal la norma de derecho civil relativa a la irretroactividad de la Ley, porque en el ámbito especial y preminente de lo Contencioso Administrativo, si una resolución o acto administrativo general viola la norma legal, la sentencia que la reconoce, determina que los derechos individuales o particulares afectados se restablezcan también a partir de la fecha en que fueron negados o no reconocidos precisamente por el ilegal acto de la administración abrogado merced al recurso contencioso administrativo objetivo restablecimiento que de no realizarse en la cuerda administrativa debe demandarse en la cuerda contenciosa mediante un recurso subjetivo. El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. El recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular, que inciden sobre un derecho subjetivo. No queda al criterio de los litigantes determinar la clase de recurso propuesto ni es facultad discrecional del juez calificar de que recurso de trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley. El recurso subjetivo o de plena jurisdicción, ampara al recurrente para proteger su derecho subjetivo que emana de la ley o del contrato. Si el obrar de la administración niega al administrado en forma total o parcial su derecho desconociéndolo o negándose a reconocerlo, se conjugan los elementos que legitiman a la persona que tiene la calidad de administrado afectado, para recurrir ante el órgano jurisdiccional, que es el Tribunal Distrital. La oportunidad*

⁷⁹ Expediente de Casación 38, Registro Oficial 503 de 09-ene-2009.

de proponer recurso subjetivo no es ilimitada en el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fija término a la facultad del administrado para deducir la demanda por vía del recurso subjetivo; preceptuando que el derecho caduca si en el término de 90 días el interesado no propone la acción ante el Organo Jurisdiccional.” Si el fallo del Tribunal o Juez competente fuere favorable, declarándose nulo el acto, para el servidor destituido, será restituido en sus funciones en un término de cinco días, teniendo derecho a recibir los valores que dejó de percibir. La sentencia no declara nulo el acto sino ilegal, cuyos efectos son diferentes; de haber declarado la nulidad, debía también, conforme lo dispone la norma citada, ordenar el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el tiempo que ha permanecido cesante: de no haberlo ordenado, hubiese violado el Art. 42 inciso segundo por falta de aplicación. Ahora bien, la nulidad del acto administrativo pudo haber sido declarado, de haberse dado cualquiera de las causales determinadas en el Art. 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, norma que no ha sido mencionada como infringida por el actor en su recurso, y este Tribunal tiene limitados sus poderes, pues su actividad se restringe a revisar la sentencia impugnada, solamente por la causal que el recurrente invoca y sobre las denuncias y su respectiva fundamentación expuestas por el recurrente.”⁸⁰

7.- METODOLOGÍA:

La metodología que será empleada para el presente proyecto de investigación estará comprendida por los siguientes métodos:

7.1.- Método Científico.- A través del presente método, se analizará y sintetizará la información recopilada, proporcionando adicionalmente los criterios técnicos personales respecto del ejecutor del proyecto.

7.2.- Método Histórico.- A través del cual se pretende socavar el antecedente histórico que permita conocer las vías contenciosas administrativas que imperaron desde el nacimiento de la legislación contenciosa administrativa.

7.3.- Método Hermenéutico y Heurístico.- Consiste en efectuar investigaciones documentales, con la finalidad de recoger de aquellas fuentes de información, los

⁸⁰ Serie 16, Gaceta Judicial 11 de 27-mar-1998

contenidos técnico-jurídicos y científicos que permitan coadyuvar al desarrollo adecuado del presente proyecto de investigación.

7.4.- Método Experimental.- A través de la técnica del trabajo de campo, se ejecutarán encuestas y entrevistas con la finalidad de ratificar la naturaleza, fines y cualidades de la hipótesis propuesta en este proyecto de investigación así como de los objetivos planteados, estudiando asimismo, casos paralelos al tema de investigación, lo cual ciertamente contribuya a garantizar alternativas de solución al problema planteado.

8.- CRONOGRAMA:

El trabajo de investigación será ejecutado en virtud del siguiente cronograma de trabajo:

CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES																	
ACTIVIDADES DESARROLLAR (SEMANAS)	A	SEPTIEMBRE				OCTUBRE				NOVIEMBRE				DICIEMBRE			
		1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4	1	2	3	4
SELECCIÓN DEL TEMA.	X																
PROBLEMATIZACION	X																
JUSTIFICACION		X															
OBJETIVOS		X															
MARCO REFERENCIAL		X															
HIPÓTESIS		X															
ACOPIO CIENTÍFICO DE INFORMACION BIBLIOGRÁFICA			X														
ELABORACION DE PROYECTO DE INVESTIGACION				X													
PRESENTACION, ANÁLISIS Y CONFRONTACION DE LOS RESULTADOS DE LA					X	X					X						

INVESTIGACION																
VERIFICACION DE OBJETIVOS E HIPÓTESIS						X	X						X			
CONCLUSIONES, RECOMENDACIONES Y PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA							X	X								
INFORME FINAL.									X	X						
REVISION, SOCIALIZACION, PRESENTACION Y EVALUACION DE LOS INFORMES.											X	X				
EVALUACION DE LOS INFORMES FINALES.													X	X		

9.- PRESUPUESTO Y FINANCIAMIENTO:

Para la ejecución del presente proyecto de investigación, se ejecutarán los siguientes gastos:

9.1.- GASTOS DIRECTOS:

- 1. Transporte.....20.00
- 2. Utensilio.....10.00
- 3. Gastos Operacionales (impresiones, anillados, etc.).....30.00
- 4. Gastos Extraordinarios (Asesorías Técnicas).....40.00
- 5. Imprevistos.....20.00

9.2.- GASTOS INDIRECTOS

- 1.00.00

9.3.- RECURSOS MATERIALES DISPONIBLES:

- 1. Computador Hp Pavilion g4.....1000,00
- 2. Fuentes Bibliográficas.....30.00
- 3. Impresora.....300,00

9.4.- RECURSOS HUMANOS

Director de Tesis: Ab. Phd. Galo Stalin Blacio Aguirre.

Postulante: Manuel Ignacio Albuja Bustamante

LA CANTIDAD PRESUPUESTADA PARA EL PRESENTE PROYECTO DE INVESTIGACIÓN ES DE CIENTO VEINTE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (120.00USD), LOS MISMOS QUE SERÁN DEVENGADOS POR EL INVESTIGADOR, SIN ASISTENCIA FINANCIERA DE NINGUNA ENTIDAD PRESTAMISTA PÚBLICA O PRIVADA.

10.- BIBLIOGRAFÍA:

- LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, Ley No. CL 35. RO/ 338 de 18 de Marzo de 1968.
- ESTATUTO DE RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA, Decreto Ejecutivo 2428, Registro Oficial Nro. 536 de 18-mar-2002, Última modificación: 20-jun-2013.
- Serie 16, Gaceta Judicial 11 de 27-mar-1998
- Expediente de Casación 38, Registro Oficial 503 de 09-ene-2009.



ENCUESTA A PROFESIONALES

Distinguido profesional del derecho, solicito a usted, muy comedidamente, se digne dar respuesta a la siguiente encuesta técnica que me servirá de gran ayuda para el desarrollo de mi trabajo de investigación.

CUESTIONARIO

1.- ¿Conoce usted que es la acción contencioso administrativa? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

NO ()

Explique:

2.- ¿Conoce usted cuáles son las vías contenciosas administrativas? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

NO ()

Explique:

3.- ¿Cree usted que un recurso objetivo y un recurso subjetivo son diferentes entre sí? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

NO ()

Explique:

4.- ¿Conoce usted; el fundamento jurisprudencial por el cual, se entiende que un acto administrativo es ilegal? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

NO ()

Explique:

5.- ¿Conoce usted las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

NO ()

Explique:

6.- ¿Conoce usted por cuál vía contencioso administrativa, puede demandar la ilegalidad de un acto administrativo? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

NO ()

Explique:

7.- ¿Conoce usted cuáles son las diferencias entre la legalidad y la nulidad de un acto administrativo; según la jurisprudencia de nuestro país? De ser afirmativa su respuesta, explique.

SI ()

NO ()

Explique:

8.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede impugnarse cualquier acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

SI ()

NO ()

Explique:

9.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede demandarse cualquier vicio de irregularidad del cual pueda adolecer un acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

SI ()

NO ()

Explique:

10.- ¿Considera pertinente formular una propuesta de reforma jurídica que precise las normas de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos?

SI ()

NO ()

Gracias por su colaboración.



ENTREVISTA A PROFESIONALES

Profesional del Derecho, de la manera más comedida le solicito se digne proporcionar su valiosa colaboración, dando contestación al siguiente cuestionario de preguntas perteneciente a mi investigación.

1.- ¿Conoce usted que es la acción contencioso administrativa?

2.- ¿Conoce usted cuáles son las vías contenciosas administrativas?

3.- ¿Cree usted que un recurso objetivo y un recurso subjetivo son diferentes entre sí?

4.- ¿Conoce usted; el fundamento jurisprudencial por el cual, se entiende que un acto administrativo es ilegal?

5.- ¿Conoce usted las causales por las cuales opera la nulidad de un acto administrativo, según la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa?

6.- ¿Conoce usted por cuál vía contencioso administrativa, puede demandar la ilegalidad de un acto administrativo?

7.- ¿Conoce usted cuáles son las diferencias entre la legalidad y la nulidad de un acto administrativo; según la jurisprudencia de nuestro país?

8.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede impugnarse cualquier acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

9.- ¿Conoce usted si por la acción contencioso administrativa, puede demandarse cualquier vicio de irregularidad del cual pueda adolecer un acto de la administración? De ser afirmativa, explique:

10.- ¿Considera pertinente formular una propuesta de reforma jurídica que precise las normas de admisibilidad de los recursos contenciosos administrativos?

Gracias por su colaboración.

ÍNDICE

PORTADA.....	i
CERTIFICACIÓN.....	ii
AUTORÍA.....	iii
CARTA DE AUTORIZACIÓN.....	iv
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
TABLA DE CONTENIDOS.....	vii
1. TÍTULO.....	1
2 RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT.....	3
3. INTRODUCCIÓN.....	4
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	6
4.1. MARCO CONCEPTUAL.....	6
4.1.1. HISTORIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.....	6
4.1.2 HISTORIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR.....	6
4.1.3.- CONCEPTO DE RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.....	8
4.1.4.- CONCEPTOS DE ACTO ADMINISTRATIVO, ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, HECHO ADMINISTRATIVO, ACTO NORMATIVO Y CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	11
4.1.5.- CONCEPTOS DE ILEGALIDAD, NULIDAD Y ANULABILIDAD, REVOCACIÓN, INCONSTITUCIONALIDAD, INCUMPLIMIENTO E INEXISTENCIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, ACTOS DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, ACTOS NORMATIVOS, HECHOS ADMINISTRATIVOS Y CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	17
4.1.6.- CONCEPTO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	23
4.1.7.- CONCEPTO DE NULIDAD Y ANULABILIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.....	26
4.1.8.- CONCEPTO DE CANCELACION Y DECLARATORIA DE DESIERTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS-PRECONTRACTUALES.....	28
4.2. MARCO DOCTRINARIO.....	30
4.2.1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA; SEGÚN LA DOCTRINA.....	30

4.2.2. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN EN SEDE ADMINISTRATIVA. Y SEDE JURISDICCIONAL.....	34
4.2.3. EL PRINCIPIO DE LA AUTOTUTELA; COMO PRIVILEGIO INTANGIBLE E ILIMITADO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	36
4.2.4. EL ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.....	37
4.2.5. EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, SEGÚN LA DOCTRINA.....	43
4.2.6.- EL ACTO NORMATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.....	44
4.2.7.- EL HECHO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.....	46
4.2.8.- EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.....	48
4.2.9.- EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.....	56
4.2.10. LAS IRREGULARIDADES DEL ACTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.....	60
4.2.11. LA NULIDAD, ANULABILIDAD, INEXISTENCIA E INCONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA DOCTRINA.....	97
4.2.12. LA CANCELACIÓN Y LA DECLARATORIA DE DESIERTO DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS-PRECONTRACTUALES; SEGÚN LA DOCTRINA.....	99
4.2.13. LOS RECURSOS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVOS, SEGÚN LA DOCTRINA.....	102
4.3. MARCO JURÍDICO.....	107
4.3.1. LA IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS, SEGÚN LA LEGISLACION CONSTITUCIONAL.....	107
4.3.2. LOS RECURSOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS.....	108
4.3.3. EL ACTO ADMINISTRATIVO, EL ACTO DE SIMPLE ADMINISTRACIÓN, EL HECHO ADMINISTRATIVO, EL ACTO NORMATIVO Y EL CONTRATO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA.....	122
4.3.4. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA.....	202
4.3.5.- LA NULIDAD, ANULABILIDAD Y REVOCACION DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y MÁS ACCIONES DE LA ADMINISTRACION, ASÍ COMO DE LA INCONSTITUCIONALIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LOS ACTOS NORMATIVOS Y ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL, SEGÚN LA LEGISLACION ECUATORIANA.....	238
4.3.6. LEGISLACION COMPARADA.....	252
5 MATERIALES Y MÉTODOS.....	263

5.1.	MATERIALES.....	263
5.2.	MÉTODOS.....	263
5.3.	TÉCNICAS.....	264
6.	RESULTADOS.....	268
6.1.-	RESULTADOS DE LAS ENCUESTAS.....	268
6.2.-	RESULTADOS DE LAS ENTREVISTAS.....	279
6.3.	ESTUDIO DE CASOS.....	301
7.	DISCUSIÓN.....	308
7.1.	VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS.....	308
7.2.	CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS.....	310
7.3.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y DOCTRINARIOS QUE SOSTIENEN LA PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	311
8.	CONCLUSIONES.....	313
9.	RECOMENDACIONES.....	315
10.	PROPUESTA DE REFORMA JURÍDICA.....	317
11.	BIBLIOGRAFÍA.....	322
12.	ANEXOS.....	325