



UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA

CARRERA DE DERECHO

TÍTULO:

“NECESIDAD DE REFORMAR LOS ARTS. 1, 3 Y 59 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA RESPECTO A ESTABLECER QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ADOLEZCAN DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER SEAN CONSIDERADOS NULOS DE PLENO DERECHO Y PROCEDA SU IMPUGNACIÓN”

TESIS PREVIA LA
OBTENCIÓN DEL TÍTULO
DE ABOGADO

DIRECTOR:

Dr. *Igor Eduardo Vivanco Muller Mg. Sc.*

AUTOR:

Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera

Loja-Ecuador

2015



CERTIFICACIÓN



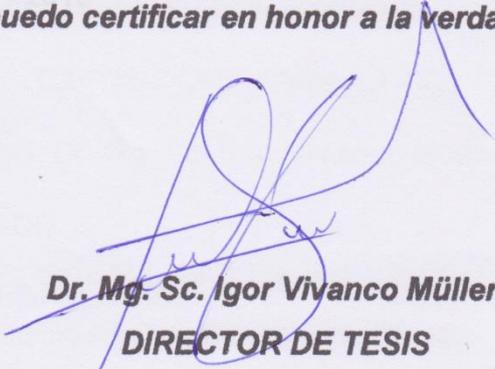
Dr. Mg. Sc. Igor Eduardo Vivanco Müller, DOCENTE DE LA CARRERA DE DERECHO EN LA MODALIDAD DE ESTUDIOS A DISTANCIA DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA.

CERTIFICO:

Que en mi calidad de Director de Tesis, haber dirigido y revisado la Tesis de grado realizada por el postulante NÉSTOR ABRAHAM FONSECA PEÑAHERRERA, con el tema: "NECESIDAD DE REFORMAR LOS ARTS. 1, 3 Y 59 DE LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA RESPECTO A ESTABLECER QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ADOLEZCAN DEL VICIO DE DESVIACION DE PODER SEAN CONSIDERADOS NULOS DE PLENO DERECHO Y PROCEDA SU IMPUGNACION", el mismo que ha sido aprobado por mi persona y se encuentra apto para su sustentación ante el Tribunal de Grado.

Es todo cuanto puedo certificar en honor a la verdad.

Loja, Mayo 2015


**Dr. Mg. Sc. Igor Vivanco Müller,
DIRECTOR DE TESIS**

AUTORÍA

Yo **Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera**, declaro bajo juramento que el presente trabajo de tesis corresponde a mi autoría; además debo manifestar que no ha sido presentado anteriormente en la institución. Dejo constancia que eximo a la Universidad Nacional de Loja y a sus representantes, de reclamos y acciones legales que pudieren presentarse en lo posterior por el contenido de la misma.

Además cedo mis derechos de propiedad intelectual a la Universidad Nacional de Loja y autorizo la publicación del presente trabajo en el Repositorio de la Institución.

Autor: Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera.

Firma: 

Cédula: 180168306-9

Fecha: Loja, Mayo - 2015

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

Yo, **Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera** declaro ser autor de la Tesis titulada: **“NECESIDAD DE REFORMAR LOS ARTS. 1, 3 Y 59 DE LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA RESPECTO A ESTABLECER QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ADOLEZCAN DEL VICIO DE DESVIACION DE PODER SEAN CONSIDERADOS NULOS DE PLENO DERECHO Y PROCEDA SU IMPUGNACION”** Como requisito para optar al Grado 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 pueden 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 28 días del mes de mayo del 2015, firma el autor:

AUTOR: Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera

FIRMA:.....

CÉDULA: 180168306-9

DIRECCIÓN: Ambato Ciud. Oriente calle Pastaza y Puerto Ayora

CORREO ELECTRÓNICO: nefonp@yahoo.es

TELÉFONO: 032401354 **CÉLULAR:** 0984124295

DATOS COMPLEMENTARIOS

DIRECTOR DE TESIS: Dr. Mg. Sc. Igor Vivanco Müller

TRIBUNAL DE GRADO:

Dr. Mg. Mario Alfonso Guerrero Gonzalez (Presidente)

Dr. Mg. Renato Aguirre Valdivieso (Vocal)

Dr. PhD galo Stalin Blacio Aguirre (Vocal)

AGRADECIMIENTO

A la culminación del presente trabajo académico, quiero agradecer primeramente a **DIOS** por ser el **SUPREMO CREADOR** que me guía y protege aquí en la tierra; y además, me ha dado la oportunidad de cumplir cada uno de los objetivos de mi vida que me he planteado; **a mis padres (+)** por ser los principales gestores de mi educación. Al **Dr. Igor Eduardo Vivanco Muller Mg. Sc.** Director de Tesis y a todos quienes de una u otra manera coadyuvaron para alcanzar con éxito los objetivos propuestos.

Además, quiero agradecer de manera particular a la **Universidad Nacional de Loja** en las personas de sus directivos, profesores y personal que labora en tan prestigiosa Institución, quienes mantienen viva la misión y visión para la cual fue creada, al permitir que las personas accedan a una educación de optima calidad, dándome la oportunidad de alcanzar una profesión digna para servir a la comunidad.

EL AUTOR:

Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera

DEDICATORIA

Dedico la presente Tesis a mis PADRES: Jorge Arturo Fonseca (+); y, Lucrecia Ernestina Peñaherrera (+), a mi tía Rosita Virginia Fonseca (+), por ser mis guías y brindarme el apoyo necesario en todos los momentos de mi vida y se además que siempre estarán a mi lado aquí en la tierra; de no ser por ellos, nunca habría cumplido con mis sueños y metas trazadas.

A mis hermanos, por el apoyo moral brindado a lo largo de mi carrera.

EL AUTOR:

Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera

TABLA DE CONTENIDOS

1. TITULO.

2. RESUMEN.

2.1. ABSTRACT.

3. INTRODUCCIÓN.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. Administración Pública.

4.1.2. Servidor Público.

4.1.3. Derecho Administrativo.

4.1.4. Acto Administrativo.

4.1.4.1. Vicios.

4.1.4.2. Nulidad.

4.1.4.3. Anulabilidad.

4.1.5. Desviación de Poder.

4.1.6. Exceso de poder.

4.1.7. Impugnación.

4.1.8. Jurisdicción Contencioso Administrativa.

4.1.9. El Administrado.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. La Función Administrativa del Estado.

4.2.1.1. La Administración Pública exterioriza su voluntad a través de actos administrativos.

4.2.2. El Acto Administrativo.

4.2.2.1. Antecedentes Históricos.

4.2.2.2. Definición.

4.2.2.3. Efectos jurídicos del Acto Administrativo.

4.2.2.4. Principios de legalidad y de presunción de validez del acto administrativo.

4.2.3. DE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

4.2.3.1. Generalidades.

4.2.3.2. Los vicios del acto administrativo como un vicio de la voluntad del servidor

público.

4.2.4. DIFERENCIAS ENTRE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LOS ESTABLECIDOS EN EL DERECHO CIVIL.

4.2.4.1. De los vicios del consentimiento en el Derecho civil.

4.2.4.2. Diferencias.

4.2.5. DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

4.2.5.1. Generalidades.

4.2.5.2. Antecedentes Históricos.

4.2.5.3. ¿Pero qué manifiesta la Doctrina del Vicio de Desviación de Poder en el Derecho Administrativo?

4.2.5.4. Casos en los cuales las autoridades incurren en el vicio de desviación de poder.

4.2.5.5. De la prueba en la desviación de poder.

4.2.5.5.1. Dificultad probatoria en la desviación de poder.

4.2.5.6. DIFERENCIAS DE LA FIGURA DESVIACIÓN DE PODER CON OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS.

4.2.6. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ADOLEZCAN DE VICIOS.

4.3. MARCO JURÍDICO.

4.3.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

4.3.2. DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ERJAFE

4.3.2.1. DE LA EXTINCIÓN Y REFORMA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ACUERDO AL ERJAFE.

4.3.3. DE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ERJAFE.

4.3.3.1. Vicios que provocan nulidad absoluta de los actos administrativos.

4.3.3.2. Vicios que hacen anulable el acto administrativo y procede la convalidación.

4.3.4. REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA DESVIACIÓN DE PODER DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (Decreto No. 3179).

4.3.5. DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VÍA JURISDICCIONAL.

4.3.5.1. Generalidades.

4.3.5.2. De los Recursos en la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER.

4.4.1. URUGUAY.

4.4.2. VENEZUELA.

4.4.3. COLOMBIA.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. MÉTODOS.

5.2. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

6. RESULTADOS.

6.1. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA.

6.1.2. RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

6.2. ESTUDIO DE CASOS

7. DISCUSIÓN

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA

8. CONCLUSIONES

9. RECOMENDACIONES

9.1. PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA

9.2. PROYECTO DE REFORMA A LA LEY

10. BIBLIOGRAFÍA

11. ANEXOS

ÍNDICE

1. TÍTULO

“NECESIDAD DE REFORMAR LOS ARTS. 1, 3 Y 59 DE LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA RESPECTO A ESTABLECER QUE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ADOLEZCAN DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER SEAN CONSIDERADOS NULOS DE PLENO DERECHO Y PROCEDA SU IMPUGNACIÓN”

2. RESUMEN

De acuerdo a la Constitución que rige nuestro ordenamiento jurídico, el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social; es decir, que toda actividad que realiza el Estado y sus instituciones deben estar sometidas al control constitucional, cuyos preceptos reconocen y tutelan los derechos de los ciudadanos mediante el sometimiento de la Administración Pública a la ley. La función de la misma, es la emisión y ejecución de los diferentes actos y hechos administrativos de una manera discrecional, constituyéndose el acto administrativo como toda declaración unilateral de la voluntad administrativa con efectos jurídicos inmediatos y directos sobre el administrado, mismos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos u obligaciones, en este caso, el acto administrativo en si es un acto jurídico que tiene efectos jurídicos sobre el administrado.

Cabe señalar, que dichos actos gozan de la presunción de legalidad, de acuerdo a la Constitución, son impugnables por vía administrativa o jurisdiccional, es decir, a través de la interposición de los recursos por intermedio de los afectados; pero, mientras tanto son eficaces y producen todos sus efectos respecto del administrado.

Cuando el acto administrativo es creado y ejecutado por la Administración Pública sin el cumplimiento de los requisitos establecidos para el efecto, se

producen los denominados vicios, los mismos que conllevan a que un determinado acto carezca de legitimidad. Cuando se habla de vicios, se refiere a las formalidades que la administración está obligada a cumplir para poder exteriorizar su voluntad, ya que la omisión o falta de cumplimiento de los procedimientos establecidos en la normativa jurídica vicia el acto administrativo.

Las causas de nulidad absoluta o anulabilidad del acto administrativo, las encontramos en las disposiciones de los Arts. 94 y 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en los mismos se establecen las causas de invalidez de los actos, las mismas que producen nulidad de pleno derecho y anulabilidad. El Art. 94 de dicho Estatuto, señala las causas para que los actos administrativos sean declarados de nulidad absoluta de pleno derecho y no sean susceptibles de convalidación; mientras que el Art. 95 de dicho cuerpo legal establece las causas de anulabilidad de dichos actos, es decir que los tales, pueden ser convalidados o en otras palabras ser legalizados por autoridad competente.

Analizando las normas antes indicadas, claramente puedo distinguir en el inciso final del Art. 94 está presente el vicio de desviación de poder, mismo que, de acuerdo a la doctrina analizada en el presente trabajo, consiste en una falta que comete el funcionario público al emitir un acto administrativo con un

fin diferente al establecido por el ordenamiento jurídico establecido, al tal hacerlo, conlleva a que se produzca el vicio ante indicado; por lo cual debe de una manera urgente solucionar esta ambigüedad jurídica. En cambio las causas para que los actos administrativos puedan ser convalidados o subsanados y surtan el efecto legal correspondiente, las establece el Art. 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la norma citada menciona que inclusive el vicio de “desviación de poder” puede ser convalidado, ocasionando grave daño en el administrado.

De lo anterior se desprende que la desviación de poder implica un acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico y al interés general, debido a que el funcionario ha emitido tal acto con un móvil subjetivo sea para beneficio personal, familiar o de particulares; es por esta razón que considero que deben reformarse los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y establecer el vicio de desviación de poder como un acto no convalidante, de nulidad absoluta y de pleno derecho y el mismo pueda ser impugnado a través de la reforma antes señalada; el vicio administrativo antes señalado se da cuando un funcionario público emite un acto con fines distintos a los establecidos al ejercer sus potestades administrativas; este tipo del proceder administrativo aparentemente no ocasiona ningún daño en el administrado, pero en realidad encubre un problema más profundo ocasionando la violación de derechos fundamentales del mismo conforme lo dispone la Constitución y la Ley.

2.1. ABSTRACT

According to the Constitution governing our legal system, the Ecuador is a constitutional State of rights and social justice; that is, that all activities performed by the state and its institutions must be subject to judicial review, the principles recognize and safeguard the rights of citizens through the submission of the Civil Service law. The function of it, is the issue and execution of the various acts and administrative acts of a discretionary manner, constituting an administrative act as any unilateral declaration of administrative will with immediate and direct legal effect on the run, they aimed the acquisition, modification or termination of rights or obligations, in this case, if the administrative act is a legal act which has legal consequences for the citizen.

It is noteworthy that such acts enjoy the presumption of legality, according to the Constitution, are challenged by administrative or judicial process, that is, through the interposition of resources through the affected; but in the meantime they are effective and produce all their effects on the run.

In this vein, are the vices of administrative acts, the same that led you to a specific administrative act lacks legitimacy because it is dictated violating all constitutional and legal principle established for this purpose by the Public Administration and its agencies. When speaking of vices, it refers to the formalities that the administration is bound to externalize their will, and that the

omission or failure to comply with the procedures established in the legal rules vitiate the administrative decision.

The causes of absolute nullity or cancellation of the administrative act are found in the provisions of Arts. 94 and 95 of the Statute of the Legal and Administrative Regime of the Executive Function in them the causes of invalidity of acts are set, the same that produce nullity and nullity. Article 94 of the Statute identifies the causes for that administrative act is declared absolutely null and void and is not subject to validation; while Art. 95 of the code stipulates the causes of nullity of such acts, namely that such can be validated or in other words be legalized by competent authority.

Analyzing the rules given above, I can clearly distinguish in the final paragraph of Art. 94 is present vice misuse of power, the same that according to the doctrine discussed in this paper, is a need to make the public official by issuing an administrative act with a purpose other than that established by law established, by doing so, leads to vice indicated to occur; therefore a must urgently address this legal ambiguity. Instead the causes for that administrative acts can be validated or corrected and to take the appropriate legal effect, are established by the Art. 95 of the Statute of the Legal and Administrative Regime of the Executive Function, that rule mentions that even the vice of "deviation power "can be validated, to do so, I think that produces effects that cause serious damage to the citizen.

From the above it follows that misuse of powers involves an administrative act contrary to the law and the public interest, because the officer has issued such an act with a subjective Mobile is for personal, family or individual benefit; it is for this reason that I believe should be reformed Arts. 1, 3 and 59 of the Law of Administrative Jurisdiction and vice establish misuse of powers as a CONVALIDANTE not act absolutely null and void and the same can be challenged through the aforementioned reform. Recall that the aforementioned administrative vice occurs when public official issues an act for purposes other than those established in exercising its administrative powers; this type of administrative proceeding seems a simple transgression, but actually masks a deeper problem causing the violation of fundamental rights managed as provided by the Constitution and the Law.

3. INTRODUCCIÓN

La Administración Pública como aparato estatal, para el logro de los fines que el Estado persigue y los que se refieren a la propia administración, realiza la llamada actividad administrativa, que comprende los actos administrativos y las operaciones materiales. Las primeras constituyen órdenes, instrucciones o decisiones y las otras constituyen los actos mismos de ejecución de las primeras; las dos forman un proceso causal necesario en la actividad administrativa para la realización de sus fines. Existen dos aspectos fundamentales que caracterizan la gestión administrativa: uno es, lo jurídico de los actos; y el otro, el aspecto técnico que significa la acción práctica y de realización concreta de los mismos. Cabe mencionar que la Administración Pública exterioriza su voluntad por medio de los Actos Administrativos, ya que los administrados tienen derecho a ser atendidos por la administración, conforme a los derechos consagrados en la Constitución y en la ley.

Al respecto el autor ENRIQUE SAYAGUÉS LASO manifiesta: *“para lograr la realización de sus fines propios, las entidades estatales actúan mediante actos jurídicos y operaciones materiales. Las entidades estatales realizan esos actos y operaciones en virtud de los poderes jurídicos que el derecho objetivo establece”*¹. De lo manifestado por el autor antes citado, se desprende que todo acto administrativo, goza de la presunción de legalidad, por ello conceptualmente el acto administrativo por sí, es de cumplimiento obligatorio;

¹ SAYAGUÉS LASO Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Editorial Barreiro, Segunda Edición, Año 1963, pág., 34.

sin embargo, frente a la realidad jurídica, todo acto administrativo puede ser impugnado por qué a decir del administrado que fue afectado con un determinado acto administrativo fue fruto de vicios y dependiendo de la gravedad de ellos pueden ser convalidados, o declarados de nulidad absoluta.

El presente trabajo pretende realizar un análisis de una manera jurídica, crítica y doctrinaria de los actos administrativos y los vicios que adolecen los mismos, que conllevan a la nulidad o anulabilidad de tales actos, de acuerdo a lo establecido por los Arts. 94 y 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; al respecto, el régimen jurídico de todo Estado debe sujetarse a normas claras que permitan que los entes del poder público, cumplan con sus propósitos y fines establecidos en la normativa legal vigente.

El Art. 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, señala que el vicio de desviación de poder puede ser convalidado o subsanado por autoridad competente. Considero muy importante manifestar que todo acto administrativo es la manifestación de la voluntad de los órganos administrativos, es decir, es la adopción de cierta conducta voluntaria por parte de la administración, frente a una situación que involucre a los administrados.

De acuerdo a la doctrina analizada en el presente trabajo que se investigó, la Administración Pública incurre en el vicio antes indicado cuando desvía la finalidad del acto administrativo, ignorando de esta manera las finalidades del

acto a través de la utilización de las potestades que le han sido atribuidas legalmente, amparándose para actuar así precisamente, en un mal uso o en un abuso del margen de libertad o discrecionalidad que permite la norma, sin que ello trascienda a la apariencia externa del acto, el cual aparentemente luce apegado a Derecho, pero que, en realidad se encuentra viciado por violentar preceptos constitucionales y legales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.

AGUSTÍN GORDILLO señala que:

“Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. En efecto, cuando las leyes tienen una finalidad expresa o implícita que se desprende de su contenido, debe entenderse que cuando confieren una determinada facultad al administrador lo hacen en tanto y en cuanto sea necesario para llenar esa finalidad. Ello, unido a que el administrador tiene su competencia restringida a lo que la ley determina, indica que el funcionario tiene la facultad que le confiere la ley restringida y orientada al cumplimiento de la finalidad de la misma.

En consecuencia, cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por la ley, su conducta es por ello sólo antijurídica: El

administrador no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de la ley, sino con la finalidad prevista por ella".²

Dentro del presente trabajo de investigación, procederé a demostrar esta realidad dentro del Derecho Administrativo. De lo anterior se deriva la necesidad jurídica de reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de esta manera establecer el vicio de desviación de poder como un acto administrativo nulo y de pleno derecho por ser atentatorio contra los derechos fundamentales de los administrados y por que el mismo es emitido por parte de la Administración Pública violando toda la normativa legal vigente; y, dichos actos que adolezcan del vicio antes señalado, puedan ser impugnados ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La presente investigación se estructuró en base a los marcos conceptual, doctrinario y jurídico; en los cuales incluyeron dentro de su contenido la temática correspondiente al acto administrativo y los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos establecidos en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. La finalidad de este trabajo académico, es demostrar que el vicio de desviación de poder viola derechos fundamentales de los administrados de la manera como está establecida dicha normativa. Al respecto, la Constitución de la República del Ecuador, explícitamente en los Arts. 173, 226 y 424, consagran el derecho que todo

² GORDILLO, Agustín Alberto, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Teoría General del Derecho Administrativo, Tomo 8, 1ra. ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Año 2013, pág. 327.

ciudadano tiene a impugnar un determinado acto administrativo que considera lesivo; además, de acuerdo a las normas constitucionales antes citadas, los servidores públicos están facultados a dictar los actos y resoluciones administrativas en el ámbito de su competencia, es decir sin extralimitarse en sus funciones. En cambio el Art. 424 de la Constitución, establece y dispone que los actos de la Administración Pública deban estar estrictamente apegados a los preceptos constitucionales y legales.

En el marco conceptual se desarrollaron los conceptos relacionados al tema de investigación, en este caso estoy hablando de definiciones de figuras jurídicas respecto de la temática a tratarse a lo largo de la investigación; el marco conceptual es fundamental, ya que ahí están las definiciones y conceptos de los contenidos más importantes de la presente investigación.

El marco doctrinario es de importancia tomando en cuenta que su contenido se refiere a los criterios de los tratadistas entendidos en el tema motivo de la investigación y como los mismos a través de sus criterios jurídicamente fundamentados, manifiestan que al existir ilegalidad de los fines del Acto, la misma se conoce con el nombre de Desviación del Poder, o abuso de autoridad, cuando las circunstancias que concurren revelan que el fin del acto que se persigue no es la satisfacción del interés público que es lo único que debe perseguirse por el agente administrativo, y no con un interés cualquiera, sino el interés concreto, que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario público.

Por último desarrollé los contenidos del marco jurídico, en donde se estudió y analizó a profundidad las normas constitucionales y legales en lo que respecta a los vicios de los actos administrativos establecidos en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, los mismos que conllevan a que un acto administrativo sea declarado nulo de pleno derecho o sea declarado su anulabilidad y se proceda a su convalidación a través de la autoridad competente y en el plazo establecido. Además, se estableció la propuesta de reformas a los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y de esta manera establecer la figura de desviación de poder como un acto no convalidante, es decir, que el acto sea declarado nulo, de nulidad absoluta y proceda su impugnación a través de los recursos establecidos en la ley antes indicada. Cabe mencionar que a continuación del marco jurídico, se elaboraron los contenidos relacionados con la presentación, análisis e interpretación de los resultados estadísticos del trabajo de campo, encuesta y entrevistas respecto del tema planteado; además, en el transcurso y desarrollo de la presente investigación, se pudo constatar que se hace imperante y necesaria la reforma de las normativas antes citadas.

En el presente trabajo de investigación pude comprobar la hipótesis planteada a través de la encuesta y entrevista; además, los objetivos los verifiqué positivamente, tomando en cuenta que es necesario las reformas antes citadas y de esta manera se precautelen los derechos de los administrados al establecer el vicio de desviación de poder como un acto nulo o sea que no

pueda ser convalidado así como está establecido en la normativa actual. Finalmente pude llegar a emitir las conclusiones y recomendaciones que espero se tome en cuenta por nuestros Asambleístas y proceder con las reformas necesarias para el efecto.

Es de mucha importancia el tema que investigué en los aspectos.

Aspecto jurídico, se comprobó que existe la necesidad de reformar los Arts. 1, 3 y 59 de La Ley de La Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Aspecto social, ya que el derecho propende el bien común de la sociedad, las reformas a las normativas antes citadas, será de mucha importancia para la sociedad, permitirá que los administrados hagan uso de la tutela judicial efectiva que por mandato constitucional de acuerdo al Art. 75. Al Estado le corresponde tutelar los derechos consagrados en la Constitución y en la Ley, en beneficio de todos los integrantes de la sociedad; y,

Aspecto académico, por constituir la investigación como eje fundamental para el desarrollo académico de los alumnos que pertenecemos a la Universidad Nacional de Loja, la misma procede a llenar vacíos legales que existen en nuestra legislación a través de proyectos de ley que vayan en beneficio de toda la población.

4. REVISIÓN DE LITERATURA.

4.1. MARCO CONCEPTUAL.

4.1.1. Administración Pública.

GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, se refiere a la Administración Pública como “(...) *la gestión, gobierno de los intereses o bienes, en especial de los públicos. La ciencia de la administración es el conjunto de las reglas para gestionar bien los negocios; y, más particularmente, para aplicar los medios a la consecución de los fines del Estado*”³.

Del concepto emitido por GUILLERMO CABANELLAS, la Administración Pública está a cargo y desempeño del Poder Ejecutivo, con la finalidad de cumplir y hacer cumplir cuanto interesa a la sociedad en las actividades y servicios públicos, es decir, está cargo de la gestión administrativo de un Estado por medio de la cual cumple con el mandato Constitucional de servicio a la colectividad propendiendo siempre al bien común.

En este mismo tema, el tratadista JAIME ORLANDO SANTOFIMIO, manifiesta que “*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*

³ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L. Undécima Edición, Año 1993, pág. 19.

*contenido, nos aproxima a las ideas de dirección, cuidado, gestión, decisión, orientación, aplicación, organización y planificación*⁴.

El autor guatemalteco JORGE CASTILLO GONZÁLEZ, menciona que *“la administración pública, es el proceso de llevar a cabo las actividades, labores o trabajo, efectivamente, con personas o por medio de personas. Este proceso comprende las funciones administrativas: planificación, organización, liderazgo y control de las actividades de la cosa pública”*⁵.

En la opinión de los autores antes citados, la administración pública de un Estado corresponde a toda actividad desarrollada por las personas que laboran en la función pública, dichas actividades comprenden la emisión y ejecución de actos, hechos, reglamentos y contratos administrativos, mismos que están encaminados a la satisfacción de la comunidad. De acuerdo a la Constitución, la finalidad de la administración pública es el bien común mismo que converge al bienestar general de la población, constituyéndose en toda actividad del Estado, que tiene por objeto el conocimiento y práctica de múltiples actividades realizadas por los órganos administrativos y por los servidores públicos, en representación del Estado.

4.1.2. Servidor Público.

HERMÁN JARAMILLO ORDÓÑEZ, señala que servidor público *“es todo*

⁴SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Derecho Administrativo, Dpto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Año 1996, página 125.

⁵ CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. Derecho administrativo. Tomo I, parte general. 13ª edición, Ed. Impresiones Gráficas de Guatemala, Guatemala, Año 2002, pág. 19.

*ciudadano legalmente nombrado para prestar servicios remunerados en las instituciones de derecho público o privado con finalidad social o pública, sujeto a la Ley Orgánica de Servicio Público*⁶.

La función administrativa de un Estado, la efectúan personas nombradas para el efecto, las mismas que son competentes por mandato de la ley, cumplen su función encomendada y no pueden extralimitarse en sus funciones, solo pueden desarrollar actividades previstas en el ordenamiento jurídico vigente. El autor HERMÁN JARAMILLO manifiesta que dentro de la función pública, deben desarrollar su actividad las personas contratadas y nombradas legalmente para desarrollar funciones administrativas y técnicas, en beneficio de la administración; los servidores públicos deben estar sujetos a la Constitución y a la ley, su finalidad es velar por el interés público, desarrollar el servicio público mediante el ejercicio de las actividades propias de la función administrativa, buscando siempre el beneficio de la colectividad y protegiendo los intereses de sus instituciones.

De acuerdo al DICCIONARIO MUNICIPAL PERUANO, se considera servidor público a *“todo ciudadano en ejercicio que presta servicio en entidades de la administración pública con nombramiento o contrato de autoridad competente,*

⁶ JARAMILLO ORDÓÑEZ Herman: Manual de Derecho Administrativo Quinta Edición. Unidad de Publicaciones del Área Jurídica Administrativa y Social de la Universidad Nacional de Loja. Loja, 2005. p. 312.

con las formalidades de la ley, en jornada legal y sujeto a retribución remunerativa permanente en períodos regulares”⁷.

De los criterios vertidos en párrafos anteriores, el servidor público es el agente que presta servicios con carácter permanente en la función pública, o mediante contrato, el mismo percibe una remuneración; la Administración puede ser nacional, provincial o seccional. Se encuentra jerárquicamente dirigido y tiene la representación del órgano al frente del cual se encuentra, con facultades otorgadas por la Constitución y la ley.

4.1.3. Derecho Administrativo.

Según la doctrina, existe diversidad de conceptos y definiciones sobre Derecho Administrativo, doctrinarios y tratadistas entendidos en la materia, dan diversas opiniones al respecto. Para el autor FELIPE S. PORTOCARRERO; *“Es aquella rama del derecho público que se encarga de estudiar la organización y funciones de las instituciones del estado, en especial aquellas relativas al poder ejecutivo”⁸.*

De acuerdo a la definición anterior, el Derecho Administrativo norma las relaciones entre los órganos e instituciones estatales y sus funcionarios para con el administrado; es decir, es el conjunto de normas jurídicas relativas a la

⁷ DICCIONARIO MUNICIPAL PERUANO, Biblioteca Nacional del Perú, Segunda Edición, Diciembre Año 2011, Impreso en Ediciones Nova Print. SAC. Pág. 302.

⁸ PORTOCARRERO, Felipe S. Curso de derecho administrativo del Perú, Escuela tip. Salesiana, Universidad de California, Año 1944, pág. 10.

acción administrativa del Estado y sus relaciones con la población, en este caso se puede hablar de administración interna y externa; la primera es relacionada con la organización y función de los órganos administrativos y los funcionarios; y, la segunda, exterioriza su voluntad a través de actos y hechos administrativos, en este caso, tiene que ver directamente con el administrado.

De acuerdo a la página http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_administrativo, *“el derecho administrativo es el conjunto de normas jurídicas que regula la organización, funcionamiento y atribuciones de la administración pública en sus relaciones con los particulares y con otras administraciones públicas personificadas en una diversidad de órganos”*⁹.

De lo descrito en el párrafo anterior, puedo deducir que el derecho administrativo es una rama del derecho público y está compuesto por normas jurídicas que regulan la actividad administrativa del Estado y sus relaciones entre las instituciones públicas, servidores públicos y con el administrado.

AGUSTÍN GORDILLO define al derecho administrativo como *“(...) la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y la protección judicial existente contra ésta”*¹⁰.

Como rama del derecho público, el Derecho Administrativo se puede considerar la disciplina que estudia la función administrativa de un Estado

⁹ http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_administrativo, consulta realizada el día 24 de Mayo de 2014.

¹⁰ GORDILLO, Agustín Alberto, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Teoría General del Derecho Administrativo, Tomo 8, 1ra. ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Año 2013, pág. 115.

donde el administrado tiene la facultad de hacer valer sus derechos que le han sido conculcados por una resolución administrativa contraria a derecho; como conjunto de normas y principios jurídicos, controla las arbitrariedades del poder a través del sometimiento de la administración a la ley.

Además GORDILLO señala:

“Debe recordarse aquí que función administrativa es toda la actividad que realizan órganos administrativos, y la actividad que realizan los órganos legislativos y jurisdiccionales, excluidos, respectivamente, los actos y hechos materialmente legislativos y jurisdiccionales. Por lo tanto, el derecho administrativo estudia toda la actividad que realizan órganos estructurados jerárquicamente o dependientes de un poder superior, y también la actividad del Congreso que no sea materialmente legislativa, y de órganos independientes (jueces) que no sea materialmente jurisdiccional”¹¹.

AGUSTÍN GORDILLO menciona que el Derecho Administrativo rige para todos los órganos estatales, los mismos que están estructurados jerárquicamente por una autoridad superior, abarca no solo la creación y gestión de los servicios públicos sino a toda la función administrativa interna del Estado.

¹¹ GORDILLO, Agustín Alberto, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Teoría General del Derecho Administrativo, Tomo 8, 1ra. ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Año 2013, pág. 115.

BIELSA citado por AGUSTÍN GORDILLO, señala que el Derecho Administrativo corresponde al: *“Conjunto de normas positivas y de principios de derecho público de aplicación concreta a la institución y funcionamiento de los servicios públicos y al consiguiente contralor jurisdiccional de la administración pública”*¹².

En su definición, BIELSA manifiesta que el Derecho Administrativo como rama del derecho público no solo se encarga de regular que la eficiente prestación y administración de los servicios público, sino además, proporciona las armas jurídicas adecuadas para el control y el sometimiento de la administración a las normas constitucionales y a la ley, esto quiere decir que los administrados no están en indefensión ante las resoluciones de los poderes públicos.

4.1.4. Acto Administrativo.

Para el autor JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA *“el acto administrativo es toda manifestación unilateral, por regla general de voluntad, de quienes ejercen funciones administrativas, tendientes a la producción de efectos jurídicos”*¹³.

HERMÁN JARAMILLO ORDÓÑEZ manifiesta que es un *“acto jurídico y uno de los medios de que se vale la administración pública para expresar su voluntad y*

¹² *Ibíd*em, pág. 108.

¹³ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Tomo II, Colombia, Año 2003, Pág. 131.

*que emanado de un órgano del sector público central, institucional o seccional, con poder legal, produce efectos jurídicos*¹⁴.

Analizando las definiciones emitidas por los autores antes señalados, el acto administrativo constituye la declaración unilateral efectuada en el ejercicio de un poder legal de la función administrativa que, manifestada en la forma prescrita en el ordenamiento jurídico, produce efectos jurídicos individuales, directos e inmediatos respecto del administrado.

En este mismo orden de ideas, GUSTAVO PENAGOS, emite la siguiente definición al señalar que *“Acto Administrativo es la manifestación unilateral de la voluntad administrativa, a través de cualquier rama del poder público, o de los particulares, que tiene por finalidad crear, modificar o extinguir una situación jurídica”*¹⁵.

En cambio ROBERTO DROMI, señala que el Acto Administrativo es: *“toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”*¹⁶.

De lo manifestado por GUSTAVO PENAGOS Y ROBERTO DROMI, el acto administrativo es una declaración unilateral de la función administrativa, la

¹⁴ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, Manual de Derecho Administrativo, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Loja, 1999, Pág. 190.

¹⁵ PENAGOS Gustavo, El Acto Administrativo, Santa Fe de Bogotá, Editorial Librería Profesional, 5ta. Edición, 1992, p. 85

¹⁶ DROMI, Roberto Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Ciudad de Argentina, Año 2000, p. 171.

misma es competente para crear y ejecutar actos administrativos, son actos típicos del derecho administrativo, es el conducto por el cual se exterioriza la voluntad administrativa hacia los particulares. Cabe señalar que en el derecho privado predomina fundamentalmente el acuerdo de voluntades entre las partes y se expresa a través del consentimiento, en el derecho público en cambio se impone solo la voluntad de la administración unilateralmente.

4.1.4.1. Vicios.

ROBERTO DROMI, define a los vicios del acto administrativo como las "*faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del derecho y que, de acuerdo en el orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficacia, impidiendo su subsistencia o ejecución*"¹⁷.

Analizando la definición emitida por DROMI, los vicios del Acto Administrativo, son aquellos defectos o irregularidades, con que el acto se materializa en el mundo jurídico y que, afectan su existencia, sea en su validez o en su eficacia, por lo que impiden su subsistencia y ejecución, en este caso, la invalidez es la consecuencia jurídica del acto viciado. En la página web <http://derechomx.blogspot.com/2012/03/vicios-de-los-actos-administrativos.html>, encontré la siguiente definición respecto de los vicios del acto administrativo y menciona:

¹⁷ DROMI, Roberto, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Año 1995, pág. 238.

“Se entiende por vicios del acto administrativo aquellas irregularidades que adquiere al existir con categoría tal que constituye violación a la ley, anterior y superior, y, por lo tanto con consecuencias tales que le hacen perder su valor y la capacidad de producir los efectos jurídicos que normalmente le son propios. Por ello, los vicios se confunden con las causales de anulación del acto administrativo”¹⁸.

La definición enunciada, está relacionada con los vicios que acarrearán nulidad de pleno derecho del acto administrativo, la misma se produce por las circunstancias, acciones u omisiones en la creación del acto, que una vez producidas le restan legalidad a la manifestación de voluntad de la administración; es decir, la hacen no válida. Los vicios a los cuales me estoy refiriendo, se originan en la violación a la observancia de los presupuestos establecidos para el efecto, la noción de validez del acto administrativo permite examinar el ajuste de la actuación de la Administración a los preceptos constitucionales y a lo establecido por el ordenamiento jurídico.

4.1.4.2. Nulidad.

GUILLERMO CABANELLAS DE TORRES, define la nulidad como:

“la carencia de valor. Inexistencia. Ilegalidad absoluta de un acto. La nulidad puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia

¹⁸ <http://derechomx.blogspot.com/2012/03/vicios-de-los-actos-administrativos.html>, consulta realizada el día 18 de Mayo 2014.

del acto; lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto. Puede resultar también de una ley. Los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las expresamente establecidas en los códigos”¹⁹.

De la definición anterior, se desprende que la nulidad de un acto administrativo se da por el incumplimiento de requisitos estipulados en la ley para su emisión y su ejecución, es decir, el acto carece de valor absoluto por lo cual el administrado procede conforma a derecho y pide su revisión a través de la imposición de recursos, los mismos que suspenden la vigencia del acto emitido de manera ilegal.

Para el autor argentino ROBERTO DROMI, el acto administrativo debe cumplir con los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para que el acto sea válido, al respecto manifiesta:

“La validez es el resultado de la perfecta adecuación, sumisión y cumplimiento en la elaboración y expedición del acto administrativo a los requisitos y exigencias en las normas superiores. En otras palabras, se dice que un acto administrativo es válido en la medida en que éste se adecúa perfectamente a las exigencias del ordenamiento jurídico. Esto es, el acto administrativo es válido cuando ha sido emitido de conformidad con las normas jurídicas, cuando su estructura consta de

¹⁹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L. Undécima Edición, Año 1993, pág. 216.

*todos los elementos que le son esenciales. La validez supone en el acto la concurrencia de las condiciones requeridas por el ordenamiento jurídico*²⁰.

Efectuando un comentario de lo que manifiesta el autor antes citado, el Acto Administrativo se reputa válido siempre y cuando concurren a su formación los elementos esenciales en su creación y posterior ejecución, los mismos deben estar fijados por las normas jurídicas que los crean y dan lugar a su existencia. La nulidad se genera por el vicio que afecta al acto en sí, al tal ocurrir se lo considera inexistente y absolutamente nulo.

4.1.4.3. Anulabilidad.

Anulabilidad quiere decir legalizar un acto administrativo que está viciado de nulidad relativa. Para GUILLERMO CABANELLAS consiste en *“hacer válido lo que no lo era. La convalidación constituye un acto jurídico por el cual se torna eficaz otro que estaba viciado de nulidad relativa. Ahora bien, si el acto que se intenta convalidar es nulo, de nulidad absoluta, también lo será la convalidación; de tal manera que solo cabe realizarla en aquellos actos cuya nulidad sea subsanable”*²¹.

De lo que señala en autor anterior, la convalidación no es otra cosa que la subsanación de un acto administrativo cuyo origen y ejecución está viciada de

²⁰ DROMI Roberto, Derecho Administrativo. Décima Edición Actualizada, Buenos Aires, Año 2004, pag 319.

²¹ CABANELLAS DE TORRES, Guillermo; op. Cit. P. 106.

nulidad relativa, es decir, la autoridad que convalida tal acto considera que el acto debe ser legalizado y de esta manera surta los efectos jurídicos necesarios en su aplicación, en el caso de nuestro país, la convalidación se da en actos administrativos viciados con desviación de poder.

En este mismo orden de ideas, para AGUSTÍN GORDILLO, *“El acto anulable se considera como acto regular, goza de presunción de legitimidad y ejecutividad. Tanto los funcionarios públicos como los particulares tienen obligación de cumplirlo. El vicio del acto anulable es subsanable mediante el pleno cumplimiento de los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para la validez del acto”*²².

De acuerdo al tratadista GORDILLO, los actos administrativos son anulables cuando adolecen de vicios de menor gravedad, siendo sus efectos plenos, mientras no sean declarados revocados o nulos. Pudiendo ser convalidados por la autoridad o por el transcurso del tiempo, que esté determinado en la ley, así lo establece el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

4.1.5. Desviación de Poder.

MAURICE HAURIOU manifiesta que la desviación de poder constituye *“El hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia, con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en*

²² GORDILLO AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 5, Primera Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, Año 2012, pág. 245.

*violación formal de Ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio*²³.

HAURIOU señala que el acto administrativo creado y ejecutado está encuadrado en la legalidad, por un funcionario público competente, el mismo que no viola la ley, cumple con todos los requisitos; pero, desvía la finalidad del acto administrativo. Los actos que dicta la Administración pública pueden adolecer del vicio de desviación de poder, que es un vicio del fin del acto, se origina cuando la Administración Pública en su potestad legal, ejecuta actos que no están encuadrados en la legalidad.

MANUEL OSSORIO, con respecto al vicio de desviación de poder manifiesta:

“(...) el embate inicial del recurso por desviación de poder, se implementó para revocar lo antijurídico de tal procedencia se limitó a los actos reglados; es decir, cuando una disposición o actitud de la administración pública infringía un precepto o norma previa y claramente preestablecida (...)”²⁴; y continúa diciendo, “(...) No tardó en advertirse que, incluso en ese ámbito, podían irrogarse perjuicios económicos y lesiones jurídicas de toda suerte a los particulares, por un enfoque

²³ HAURIOU, Maurice; Précis de Droit Administratif; Décima edición; Francia, Año 1921, pág. 155.

²⁴ OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición, Editorial Dtascan SA., Guatemala, pág. 324.

*similar al que condujo, en el dominio y en otras zonas, a construir la tesis del abuso del derecho*²⁵.

El tratadista antes señalado, realiza una amplia exposición respecto del vicio de desviación de poder, manifiesta que tal recurso sirvió para revocar actos administrativos contrarios al ordenamiento jurídico, además, que dicho vicio de no ser impugnado, ocasionaba prejuicios en el aspecto patrimonial y jurídico a los administrados.

Además manifiesta que:

*“Hasta muy entrado el siglo **XX**, y abriendo en esto la marcha Francia, por medio de una equilibrada doctrina de su Consejo de Estado, no se reconoció el recurso por desviación de poder; en francés, RECOURS DE DÉTOURNEMENT DE POUVOIR. En España, hasta una ley de 1958 no se implantó esta posibilidad de que los tribunales pudieran revocar las decisiones administrativas que ignorasen la esencia o violasen la finalidad de las reglamentaciones de los servicios y el ejercicio de las facultades por empleados y funcionarios*²⁶.

4.1.6. Exceso de poder.

En nuestra legislación, el exceso de poder es considerado un recurso a través del cual se anula el acto administrativo, puede interponer cualquier persona sea

²⁵ *Ibíd*em, pág. 324.

²⁶ OSSORIO Manuel, op. Cit. P. 324.

esta natural o jurídica que considere haya sido afectado por una resolución administrativa. Para MANUEL OSSORIO, el exceso de poder constituye “Acto de la autoridad administrativa cuando se extralimita de sus atribuciones o las ejerce con finalidad distinta del espíritu de la ley o reglamento. En principio, tales actos son anulables, (V. ABUSO DE PODER.)”²⁷.

El profesor español de Derecho Administrativo de la Universidad de Madrid TOMÁS FERNÁNDEZ, menciona que:

*“el planteamiento de la cuestión nos remite inequívocamente al recurso por exceso de poder, que en esta época a mediados del siglo pasado, aparece ya instalado con una relativa solidez en el cuadro del Derecho administrativo francés. «; el recurso por exceso de poder aparece plenamente formado y sólidamente instalado en la realidad, con las siguientes causas para su imposición: incompetencia, vicio de forma, y violación de ley, en línea de combate frente al poder discrecional”*²⁸.

De lo señalado por MANUEL OSSORIO, el exceso de poder se configura cuando el acto administrativo emitido viola la ley, es decir, no ha cumplido con la finalidad estipulada para el efecto, el funcionario público se ha extralimitado en sus atribuciones; mientras que para el profesor TOMÁS FERNÁNDEZ, las

²⁷ *Ibidem*, pág. 324.

²⁸ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Tomás Ramón, Profesor adjunto de la Universidad de Madrid. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PÚBLICO EN EL CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN. Fuente: https://www.google.com.ec/search?q=tomas+ramon+fernandez+rodriguez+abogados+exceso+de+poder&hl=es419&gbv=2&oq=tomas+ramon+fernandez+rodriguez+abogados+exceso+de+poder&gs_l=heirloomserp.3...11109.14765.0.15734.16.5.0.11.0.0.219.438.2-2.2.0....0...1ac.1.34.heirloomSERP..15.1.219.9Xkfiv92PRg. consulta realizada el día 14 de Mayo del 2014.

causas por las cuales se interpone la impugnación por exceso de poder constituyen la incompetencia del órgano o autoridad administrativa que emitió el acto, cuando existen vicios de forma en la emisión del acto administrativo, así como también la violación a la ley por parte de la Administración Pública, es un vicio de estricta legalidad.

4.1.7. Impugnación.

Impugnar quiere decir contradecir, recurrir; sobre este tema, MANUEL OSSORIO da el siguiente concepto: *“impugnación quiere decir Objeción, refutación, contradicción. Se refiere tanto a los actos y escritos de la parte contraria, cuando pueden ser objeto de discusión ante los tribunales, como a las resoluciones judiciales que sean firmes y contra las cuales cabe algún recurso. Actitud igual ante disposiciones o resoluciones en la vía administrativa”*²⁹.

En el Derecho Administrativo las resoluciones de la Administración Pública que afectan al administrado pueden ser impugnadas a través de la interposición de recursos administrativos establecidos para el efecto por la ley. Al respecto, AGUSTÍN GORDILLO manifiesta que los *“Recursos administrativos, en sentido amplio, serían los remedios o medios de protección del individuo para impugnar*

²⁹ OSSORIO Manuel, op. Cit. P. 476.

*los actos lato sensu y hechos administrativos que lo afectan y defender sus derechos frente a la administración*³⁰.

JUAN CARLOS CASSAGNE, refiriéndose a este mismo tema, expone que “*Lo esencial del recurso administrativo consiste en que se trata de un acto de impugnación de un acto o reglamento administrativo anterior, que da lugar a un nuevo procedimiento que posee carácter administrativo, desde el punto de vista material*”³¹.

En nuestro ordenamiento jurídico, los recursos para impugnar las decisiones y resoluciones administrativas, tienen rango constitucional, sirven para la protección de los derechos de los administrados, ante el evidente pronunciamiento de la administración en la emisión de sus actos; los actos administrativos al momento de su creación se presumen legítimos produciendo efectos jurídicos inmediatos y directos en la población, al ser los actos administrativos impugnables vía recursos administrativos, los mismos pueden ser reclamados o recurridos, cuando el administrado considere que sus derechos se han visto vulnerados, o incluso cuando estén violentando otras normas que garanticen derechos. Es importante destacar que lo que busca la impugnación es que se revise de manera detallada la actuación administrativa, a través del estudio de los actos por ella emitida.

³⁰ GORDILLO, Agustín; Año 2012, “Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Primera Edición, Buenos Aires-Argentina. Tomo 5. Pág.PRA, V2.

³¹ CASSAGNE, Juan Carlos; 2002, “Derecho Administrativo”, Editorial Abeledo-Perrot”, Sexta Edición, Buenos Aires-Argentina. Pág 589.

4.1.8. Jurisdicción Contencioso Administrativa.

MANUEL OSSORIO emite su criterio al señalar que la Jurisdicción Contencioso Administrativo constituye *“La potestad que reside en la administración pública, o en los funcionarios o cuerpos representativos de esa parte del poder público, para decidir sobre las reclamaciones a que dan lugar los propios actos administrativos”*³².

Refiriéndome al tema, la Jurisdicción Contencioso Administrativa constituye un mecanismo de protección jurídica por medio de la cual los administrados pueden hacer valer sus derechos cuando los mismos han sido conculcados con alguna resolución o acto administrativo contrario al ordenamiento jurídico vigente; es concebida generalmente como un medio para garantizar la legalidad objetiva y al propio tiempo, tutelar los derechos e intereses de los administrados.

GUILLERMO CABANELLAS manifiesta que es la potestad que tiene un Estado para administrar justicia a través de sus diferentes órganos llámese estos jurisdiccionales o administrativos, he aquí su criterio:

“Etimológicamente, la palabra jurisdicción se forma de jus y de dicere, aplicar o declarar el derecho, por lo que se dice, jurisdictio o jure dicendo que significa decir o declarar un derecho. Generalmente se habla de

³² OSSORIO Manuel, op. Cit. P. 530.

jurisdicción al hacer alusión al poder que tiene el Estado de impartir justicia por medio de sus órganos. Se puede decir que la jurisdicción es la potestad o poder que otorga el Estado a un órgano jurisdiccional para administrar justicia, en este caso, como lo establece la propia Constitución, al tribunal de lo contencioso administrativo con el objeto de impartir justicia en los casos de las contiendas que especifica la ley”³³.

Efectuando un comentario de lo manifestado por CABANELLAS, la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es un órgano jurisdiccional, que interviene para resolver jurídicamente sobre los derechos e intereses que fueron afectados de los administrados por una decisión o resolución de la administración pública, la existencia del contradictorio es su esencia, da la oportunidad al administrado de hacer valer sus derechos conculcados.

La Constitución, es clara al consagrar que las personas tienen derecho a la tutela efectiva de sus derechos, a contar con una justicia imparcial y expedita, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad. Para que el ciudadano pueda gozar de la tutela efectiva, entendiéndose por esta como el derecho a obtener y a que se ejecute una resolución fundamentada y motivada en derecho, al tal hacerlo, tutelar los derechos fundamentales de los administrados.

³³ CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 4t.; 14^a ed. Revisada Actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., Año 1979, pág. 241.

4.1.9. El Administrado.

MANUEL OSSORIO se refiere al administrado como el *“Sujeto pasivo de la administración; es decir, aquel cuyos bienes administra otra persona. Con respecto a la administración pública, los administrados son los individuos sometidos a la jurisdicción del Estado. En los regímenes democráticos, contrariamente a lo que sucede en los totalitarios, los administrados han elegido previamente a sus administradores, los cuales no son otra cosa que sus mandatarios, aunque en pocos países ya, revocables hasta el término normal de sus funciones”*³⁴.

Según OSSORIO, el administrado es considerado el sujeto pasivo de la relación, mientras que la Administración es el sujeto activo. Al encontrarse el administrado en situación de subordinación, debe acatar las resoluciones y actos administrativos emitidos y ejecutados por el órgano administrativo siempre y cuando no vulneren sus derechos establecidos en la Carta Fundamental, debe cumplir con determinadas prestaciones, obligaciones formales o materiales.

Otra definición de administrado la transcribo de la pagina web citada a continuación, misma que dice lo siguiente: *“En términos muy simples, podemos definir el administrado como cualquier persona, física o jurídica que se*

³⁴ OSSORIO Manuel, op. Cit. P. 47.

*relaciona con la Administración Pública en base al Derecho Administrativo y no al Derecho común*³⁵.

El administrado es el sujeto pasivo de la relación jurídica frente a la Administración pública, está sujeto a normas, regulaciones y decisiones que emanan de los órganos administrativos, por ser el acto administrativo unilateral, debe soportar las prerrogativas y potestades de la Administración Pública. Pero este tiene la capacidad de defensa a través de la interposición de los diferentes recursos conferidos por la Constitución y la ley; en general, tiene muy poca capacidad o poder para participar en la toma de decisiones de la administración ni en la planificación de la gestión pública.

4.2. MARCO DOCTRINARIO

4.2.1. La Función Administrativa del Estado.

Al respecto el profesor argentino ALFREDO GUSTAVO PUIG, manifiesta que:

“(...) la función administrativa del Estado, es ejercida por un conjunto de órganos públicos, estatales y no estatales, a quienes se encomienda la realización o ejercicio de determinadas competencias administrativas.

³⁵https://www.google.com.ec/search?hl=es419&source=hp&q=concepto+de+administrado+en+el+derecho+administrativo&gbv=2&oq=concepto+de+administrado+en+el+derecho+administrativo&gs_l=heirlo omhp.3..0i22i10i30.1281.21625.0.22422.53.36.0.7.7.0.407.5251.26j8j2.16.0....0...1ac.1.34.heirloom-hp..30.23.5782.VbxyST2d7cM.. Fuente consultada el día 25 de Marzo del año 2014.

Incluye todas las dependencias que tradicionalmente llamamos administración estatal o aparato del Estado, pues la actividad administrativa no obstante que cuantitativamente es mayor en el Poder Ejecutivo, también la realizan los Poderes Legislativo y Judicial, e incluso corporaciones profesionales que actúan por delegación estatal”³⁶.

Efectuando un análisis del criterio del autor antes citado, encuentro que la administración del Estado, corresponde a la función pública, misma que está integrada por instituciones estatales y no estatales, que son las encargadas de la realización de toda actividad que desarrolla un Estado sea en el ámbito administrativo, legislativo y judicial. En este mismo orden de ideas, señala que es el poder ejecutivo quien realiza dicha actividad en mayor proporción, ya que la realiza también la función legislativa y jurisdiccional.

La función administrativa está a cargo de órganos e instituciones con personería jurídica de derecho público. LEÓN DUGUIT refiriéndose a este aspecto manifiesta:

“Así como el derecho privado deja de estar fundado en el derecho subjetivo del individuo, en la autonomía de la persona misma y descansa

³⁶ PUIG, Alfredo Gustavo, UNIVERSIDAD NACIONAL DE SALTA, FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y SOCIALES DERECHO ADMINISTRATIVO PARA CIENCIAS ECONÓMICAS, (Con la colaboración de la Cátedra de Derecho Administrativo) Publicación realizada de acuerdo al Plan de Estudios 2003, destinada al estudio de las materias Derecho III, de la carrera de Contador Público Nacional (Resolución CS N° 322/03) y Derecho Público, de la carrera de Licenciatura en Administración (Resolución CS N° 321/03), Libro electrónico, fecha de consulta 04 de Mayo de 2015, a las 10 y 30 am, pág. 30, http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/Derecho_administrativo.pdf

hoy en la noción de una función social que se impone a cada individuo, el derecho público no se funda en el derecho subjetivo del Estado, en la soberanía, sino que descansa en la noción de una función social de los gobernantes, que tiene por objeto la organización y el funcionamiento de los servicios públicos”³⁷.

De acuerdo a LEÓN DUGUIT, el Estado moderno está encargado de la prestación de los servicios públicos de una manera eficiente, satisfaciendo las necesidades generales de la población. En el caso ecuatoriano, la Administración Pública es la encargada de administrar el Estado, para ello debe exteriorizar su voluntad a través de actos y hechos administrativos los mismos que son de cumplimiento obligatorio por mandato constitucional y legal. De acuerdo al autor citado, el Estado debe estar al servicio de la satisfacción de las necesidades generales de los administrados de una manera eficiente y expedita.

En este mismo orden de ideas, ROBERTO DROMI manifiesta que la función administrativa es toda “(...) *actividad desplegada por los órganos públicos en relación jerárquica, para la ejecución concreta y práctica de los cometidos estatales, que se hace efectiva mediante actos y hechos jurídicos públicos*”³⁸.

Como manifiesta DROMI, la Función Administrativa está a cargo de las diferentes instituciones públicas, compuestas de funcionarios sean estos por

³⁷ DUGUIT, LEÓN, Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón, EDEVAL, Año 1987, págs. 24 y sgts.

³⁸ DROMI, José Roberto, «Manual de Derecho Administrativo», Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, Año 1987, Tomo I, pág. 22

nombramiento o de libre remoción; los mismos son los encargados de dictar actos y hechos administrativos en el ámbito de su competencia.

4.2.1.1. La Administración Pública exterioriza su voluntad a través de actos administrativos.

La actividad del Estado produce una diversidad de actos, cuya naturaleza y régimen normativo está relacionado con la distribución del poder como también a la misma organización administrativa interna de sus instituciones. De acuerdo al profesor ALFREDO GUSTAVO PUIG, estos actos pueden ser “(...) *legislativos, jurisdiccionales, políticos (o institucionales, como algunos autores los mencionan) y administrativos*”³⁹.

El mismo autor continúa manifestando que:

“(..). Ahora bien, dentro del conjunto de actos que dicta la Administración Pública también es necesario distinguir entre el acto productor de efectos jurídicos individuales, de aquellos que si bien traducen el ejercicio de la función administrativa tienen distinto contenido y efectos:

Individuales o acto administrativo strictu sensu

Generales o reglamentarios (normativos y no normativos)

³⁹ PUIG, Alfredo Gustavo, op. Cit. P. 95. Libro electrónico, fecha de consulta 04 de Mayo de 2015, a las 10 y 30 am, http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/Derecho_administrativo.pdf

Contractuales

*Simple actos de la administración*⁴⁰.

De lo que manifiesta PUIG, existen varios tipos de actos que emite la administración pública, distingue entre los que producen efectos jurídicos a terceras personas, en este caso al administrado, otros en cambio son los que emite la administración para la regulación interna de las instituciones administrativas y sus funcionarios que no afectan al era del administrado; y, los actos de simple administración que son otros que la parte técnica u operativa para el cumplimiento y ejecución de las diferentes actividades administrativas. En sí, el acto administrativo constituye el modo fundamental de expresión de la voluntad administrativa de un Estado.

4.2.2. El Acto Administrativo.

4.2.2.1. Antecedentes Históricos.

En lo que respecta al origen del acto administrativo, el tratadista JUAN CARLOS CASSAGNE, manifiesta:

“La teoría del acto administrativo tuvo su origen y desarrollo en Francia merced a las decisiones del Consejo de Estado que buscó establecer, en la práctica, el principio de separación de los poderes elaborado por

⁴⁰ PUIG, Alfredo Gustavo, op. Cit. P. 95. Libro electrónico, fecha de consulta 04 de Mayo de 2015, http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/Derecho_administrativo.pdf

Montesquieu y diferenciar de tal modo la competencia administrativa de la judicial. Se trataba de establecer un régimen diferente al que es propio del derecho privado, pues la finalidad específica del Derecho Administrativo lo constituye la prosecución del bien común a través de actividades jurídicas homogéneas, a diferencia del derecho privado que tiende en principio a satisfacer solo el interés particular”⁴¹.

A diferencia de otras figuras jurídicas que tienen su origen en el Derecho Romano, la teoría del acto administrativo tiene su origen en Francia, el Consejo de Estado Francés considera necesario que debe existir la separación de poderes; es decir, el Poder Judicial debe estar separado del ámbito administrativo. El Derecho Administrativo fue creado para normar las relaciones del Estado con el administrado e internamente entre las instituciones estatales con los funcionarios públicos; como lo señala DROMI, la función administrativa está encaminada a solventar las necesidades de la población.

En este mismo tema, AGUSTÍN GORDILLO manifiesta que el conocimiento sobre el acto administrativo nace en la revolución francesa, pero con una finalidad diferente a cumplir su verdadero objetivo que es el bien común, es decir se crea como “(...) *privilegio del funcionario, es decir, comprometida con el poder y no como una forma de control (...)*”⁴². El mismo autor manifiesta que “*Solo más tarde se tuvo en cuenta no solo el interés público, sino también las garantías debidas al administrado y que surgen del sometimiento de la*

⁴¹ CASSAGNE, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo II, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Año 2002, pág. 45.

⁴² GORDILLO, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, Fundación de Derecho Administrativo, 2da. Edición, Año 1969, pág. VII.1.

*Administración a determinados principios y reglas jurídicas basadas en el Estado de Derecho*⁴³.

En un inicio el acto administrativo fue creado para dar privilegios al funcionario público, es decir, fue una especie de prebenda a favor del mismo. Con el transcurrir del tiempo, se cambia el verdadero fin que debe cumplir el acto administrativo cual es la protección al administrado y el sometimiento de la Administración Pública a la Ley.

4.2.2.2. Definición.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, *el acto administrativo es “una manifestación unilateral de voluntad dirigida a producir un efecto de derecho y emanado normalmente de la Administración en uso de una potestad administrativa”*⁴⁴.

Analizando la definición hecha por GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, se desprende que el acto administrativo constituye una declaración unilateral de la Administración Pública, cuyas características son: la declaración, la unilateralidad, y los efectos jurídicos inmediatos y directos al momento de su ejecución en los administrados.

⁴³ *Ibidem*, pág. VII.1.

⁴⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo I. Décima Edición, Madrid, España. Civitas Ediciones, S.L. Año 2000, Tesis electrónica, pág. 18, consulta realizada el 25 de Abril de 2015: http://ijj.ucr.ac.cr/sites/default/files/documentos/la_declaratoria_de_nulidad_en_actos_declaratorios_de_derecho.pdf.

El tratadista PATRICIO SECAIRA, define al acto administrativo como *“la declaración unilateral de voluntad que expresa la administración pública y que genera efectos jurídicos directos e inmediatos”*⁴⁵.

El Dr. MARCO MORALES señala que el acto administrativo es una *“declaración unilateral de voluntad de autoridad competente, que versa sobre asuntos de la administración pública y que tiene efectos jurídicos de orden particular o general”*⁴⁶.

De lo manifestado por los autores antes citados, el acto administrativo es la declaración unilateral efectuada por un órgano administrativo en el ejercicio de su competencia, la misma que está prescrita en el ordenamiento jurídico; tal declaración, produce efectos jurídicos inmediatos y directos en el administrado de una manera individual. Debo mencionar que solo la Administración Pública es competente para la emisión y ejecución del acto administrativo.

4.2.2.3. Efectos jurídicos del Acto Administrativo.

Los efectos quieren decir las consecuencias que producen en el administrado la emisión y ejecución de un acto administrativo. Al respecto, el autor AGUERREA MELLA, señala que los efectos de los actos administrativos, son

⁴⁵ SECAIRA DURANGO, Patricio. Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, 2004, Pág. 178

⁴⁶ MORALES TOBAR, Marco. El Acto Administrativo. En: Derecho Constitucional para fortalecer la democracia. Konrad Adenauer Stiftung- Tribunal Constitucional. Quito, 1999, Pág. 99.

*“las consecuencias jurídicas concretas que produce la emisión y ejecución de los actos administrativos”.*⁴⁷

El mismo continúa manifestando:

*“pudiendo éstos, ser efectos favorables o desfavorables, crear derechos o imponer cargas. En cambio, lo que la doctrina ha entendido como efectos de los actos administrativos, no serían otra cosa que prerrogativas, en sus palabras: “ciertas propiedades, o ciertos atributos que diferencian el acto administrativo del acto unilateral de algún órgano de la Administración comparándolo, por ejemplo, con los actos del derecho privado donde claramente estas prerrogativas no las vamos a encontrar”.*⁴⁸

De acuerdo al párrafo anterior, los actos administrativos son de ejecutividad inmediata previa notificación, esto quiere decir que la Administración Pública debe hacer cumplir inmediatamente, siempre y cuando se hayan cumplido con todos los requisitos establecidos para el efecto, el administrado debe ser notificado sobre una determinada resolución administrativa. Recalco una vez más que los efectos son las consecuencias que se producen una vez ejecutados dichos actos; en este caso, de acuerdo a la doctrina, una resolución administrativa produce la ejecutividad del acto administrativo, por lo tanto, debe

⁴⁷ AGUERREA MELLA, Pedro. Año 2003. “Las prerrogativas del acto administrativo en la Ley N° 19.880”. En VV.AA. “Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos”. Santiago, Ediciones Universidad Santo Tomás, Academia de Derecho.

⁴⁸ AGUERREA MELLA, Pedro. Op. Cit. Año 2003.

ser cumplido aun en contra de su voluntad los administrados, es decir, es la cualidad de producir sus efectos sin necesidad de una declaración posterior.

Para que produzca los efectos legales sobre el administrado, el acto administrativo debe cumplir con ciertos requisitos de validez, la doctrina los llama elementos; HERMAN JARAMILLO señala que los mismos son cuatro y manifiesta: *“El acto administrativo contiene cuatro elementos fundamentales para su eficacia, existencia y validez que son: voluntad, objeto y causa, formalidades y competencia”*⁴⁹.

La doctrina es clara con respecto de la existencia del acto administrativo legal, para que produzca los efectos jurídicos adecuados y no vulneren derechos fundamentales de los administrados, para la validez y existencia del acto administrativo, el mismo debe cumplir con todos los elementos esenciales como son: competencia, objeto, voluntad, y forma los cuales deben estar presentes de manera simultánea caso contrario el acto administrativo puede adolecer de vicios que imposibilitan su plena vigencia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

4.2.2.4. Principios de legalidad y de presunción de validez del acto administrativo.

El tratadista español JUAN SANTAMARÍA PASTOR, a este respecto manifiesta: *“el acto administrativo debe ser válido para que produzca efectos*

⁴⁹ JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman, La Justicia Administrativa, el Procedimiento y el Proceso Contencioso Administrativo, editorial OFESSET GRAFIMUNDO, Loja Ecuador, 2003, pág. 87.

jurídicos y para ello debe estar ajustado a la ley que lo regula. El contenido del acto administrativo no puede ser decidido libremente por la Administración, pues su actuación queda sometida a la Ley y al Derecho”⁵⁰.

Sobre este mismo tema, los autores JEAN CLAUDE TRON PETIT y GABRIEL ORTÍZ REYES, manifiestan que *“el acto administrativo de autoridad debe concordar con la ley que lo rige, porque la actuación de la autoridad administrativa tiene y debe tener un estatuto de estabilidad indispensable para la procuración del interés público”⁵¹.*

De lo señalado por los autores antes mencionados, los actos administrativos por disposición de la ley, nacen al mundo jurídico amparados por la presunción de legalidad, gozando de fuerza jurídica formal y material, es decir, los actos de las autoridades administrativas se presumen válidos y legítimos, salvo prueba en contrario. Esto significa que los actos administrativos en principio deben estar apegados a las normas jurídicas pues las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite. Además, todos los actos administrativos nacen a la vida jurídica con la presunción de que son válidos.

4.2.3. DE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

4.2.3.1. Generalidades.

Refiriéndose a los vicios del acto administrativo, JAIME ORLANDO SANTOFIMIO expone lo siguiente:

⁵⁰ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Fundamentos De Derecho Administrativo”. Volumen I. Centro de Estudios Ramón Areces. España 2002, p. 164.

⁵¹ TRON PETIT, Jean Claude y ORTIZ REYES, Gabriel. “La Nulidad De Los Actos Administrativos”. Porrúa. México 2009, p. 200.

“La existencia y validez del acto jurídico implica la presencia de un proceso indispensable de elaboración, dentro del cual se debe cumplir con requerimientos fundamentales, para que éste se proyecte con la plenitud de sus efectos en el mundo jurídico-administrativo. Los vicios a que pueda dar lugar la entrada en vigencia de un acto administrativo tienen precisamente su origen en anormalidades, estructuradas principalmente en su formación, como efecto indiscutible de omisión o quebrantamiento de requisitos imprescindibles: con razón sostiene la doctrina que la "celebración de un acto jurídico es algo unitario e indivisible que no puede fraccionarse; por eso, en dicha celebración deben concurrir, a un tiempo, las diversas condiciones que la ley exige para que dicho acto tenga plena eficacia jurídica”⁵².

Lo que manifiesta SANTOFIMIO está relacionado con la estructuración y vigencia de un acto administrativo. Los vicios de que puede adolecer un acto administrativo, se da por la omisión de ciertos requisitos de forma y de fondo al momento de la formación y ejecución de los mismos; como primera anormalidad puede ser la falta de competencia del funcionario público que emitió un determinado acto administrativo, otra puede estar relacionada con la motivación, es decir, que el funcionario no se fundamentó constitucional y legalmente para la emisión y ejecución del acto administrativo. Los vicios del acto administrativo produce afectación al ordenamiento jurídico, además, la

⁵² SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, Derecho Administrativo, Dpto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Año 1996, página 86.

existencia viciada de un acto administrativo ocasiona que se vulneren los derechos del administrado.

Sobre este mismo tema, AGUSTÍN GORDILLO expone lo siguiente:

“(...) podríamos delinear como características generales las siguientes: el acto administrativo válido y el acto administrativo anulable, que son los que tienen vicios intrascendentes o no demasiado graves, son considerados actos regulares; el acto administrativo nulo, que es el que tiene vicios graves o muy graves, es un acto irregular. En caso de vicios groseros, el acto se denomina inexistente”⁵³.

GORDILLO, efectúa una amplia exposición respecto a los vicios del acto administrativo, el autor en mención manifiesta que los diferentes tipos de vicios que adolecen los actos administrativos, están en relación a los elementos componentes del acto; al manifestar que *“(...) el tratamiento de los elementos del acto administrativo presupone explicar las condiciones de su legitimidad y con ellos los posibles vicios que los pueden afectar (...)”⁵⁴*, y continua diciendo:

*“En virtud de lo dicho hemos tratado de subsumir todos los posibles tipos de vicios del acto administrativo en uno u otro de los elementos citados: **competencia, voluntad, objeto, forma;** porque hemos creído que agregar nuevos elementos, aunque*

⁵³ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 5, Primera Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, Año 2012, página 182.

⁵⁴ *Ibíd*em, página 289.

pueda parecer lógicamente más correcto en algunos casos, quita claridad al sistema y hace más difícil la retención de los distintos elementos y vicios (lo subrayado y negrillas son más)”⁵⁵.

Queda muy claro que los vicios del acto administrativo se dan a falta de alguno de los elementos indispensables para la creación y puesta en vigencia de los mismos, razón por la cual la Constitución nos da la facultad de recurrir o impugnar determinados actos que violen nuestros derechos fundamentales.

4.2.3.2. Los vicios del acto administrativo como un vicio de la voluntad del servidor público.

Sobre los vicios de la voluntad administrativa, el tratadista argentino AGUSTÍN GORDILLO, emite el siguiente concepto:

“El concepto de voluntad en el acto administrativo no tiene sino una lejana relación con el concepto de voluntad en el derecho civil. La voluntad del acto administrativo es la voluntad del funcionario en algunas hipótesis, pero no en todas; de allí se sigue que los vicios de la voluntad podrán en algunos casos encontrar referencia a la voluntad psíquica del funcionario, pero que en otros existirán con prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo”⁵⁶.

⁵⁵ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 5, Primera Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, Año 2012, página 293.

⁵⁶ Ibídem, página 324.

Cuando se habla de esta clase de vicios, se refiere a las formalidades que la administración está obligada a cumplir para poder exteriorizar su voluntad, ya que la omisión o falta de cumplimiento de los procedimientos establecidos en la normativa jurídica vicia el acto administrativo.

Nuevamente tomo la opinión de AGUSTÍN GORDILLO, el mismo que detalla los tipos de elementos dentro de la voluntad administrativa, al señalar:

“La voluntad administrativa es pues un concurso de elementos subjetivos (la voluntad de los individuos que actúan) y objetivos (el proceso en que actúan y las partes intelectuales que aportan a la declaración). Los vicios de la voluntad, por lo tanto, pueden aparecer tanto en la declaración misma, objetivamente considerada, como en el proceso de producción de dicha declaración, como, por fin, en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración; de allí que a los vicios de la voluntad los dividamos en a) vicios de índole objetiva y b) vicios de índole subjetiva”⁵⁷.

En la doctrina a esta clase de vicios, se los ha denominado de distintas maneras, pero en esencia se refieren a los procedimientos o formalidades que requiere el acto para expresar la voluntad de la administración, para algunos autores no se los puede considerar como vicios, ya que al no existir el respeto a los requisitos para la formación de la voluntad, se encuentra frente a un acto

⁵⁷ GORDILLO Agustín, op. Cit. P. 324.

inexistente, por lo que no se puede considerar como voluntad, a una decisión que nunca nació. De acuerdo al autor AGUSTÍN GORDILLO, los vicios de la voluntad son de dos tipos: objetivo y subjetivo.

En los vicios de tipo objetivo encontramos los siguientes:

“1) Vicios en el origen de la voluntad: a) *usurpador*, b) *funcionario de hecho*.

2) Vicios en la preparación de la voluntad: a) *defensa en juicio*, b) *audiencia pública*, *licitación pública*, c) *concurso*, d) *dictamen o trámite sustancial*, *especialmente dictamen jurídico del servicio permanente de asesoramiento legal*, e) *otros vicios de procedimiento*.

3) Vicios en la emisión de la voluntad: a) *actos simples de órganos colegiados*, b) *actos complejos*, c) *actos que requieren autorización*, d) *actos que requieren aprobación*, e) *actos sujetos a observación*”⁵⁸.

A continuación están los vicios de la voluntad de tipo subjetivo, de acuerdo a GORDILLO son los siguientes:

1) Desviación de poder: a) *finalidad personal*, b) *finalidad de beneficiar a un tercero*, c) *finalidad de beneficiar a la administración*.

⁵⁸ GORDILLO AGUSTÍN, Agustín, op. Cit. P. 324.

2) Arbitrariedad: a) actos que omiten decidir, b) actos que prescinden de los hechos, c) actos que carecen de fundamentación normativa seria, d) actos ilógicamente motivados: A) Falacias no formales: conclusión inatingente, argumentos ad hominem, ad baculum, ad ignorantiam, ad populum, etc.; B) Falacias formales; e) otras hipótesis.

3) Error

4) Dolo, violencia, simulación⁵⁹.

Según GORDILLO, *“La voluntad administrativa está viciada en su origen, total o parcialmente, cuando procede de un funcionario de hecho, ya sea con un nombramiento irregular, estando suspendido en sus funciones o habiendo caducado su nombramiento, etc. Se caracteriza porque ejerce la función bajo apariencia de legitimidad”*⁶⁰. Dentro de los vicios de tipo subjetivo, está el vicio de desviación de poder, el mismo que analizaré más adelante.

A decir de ROBERTO DROMI, los vicios del acto administrativo son las *“faltas o defectos con que éste aparece en el mundo del derecho y que, de acuerdo en el orden jurídico vigente, lesionan la perfección del acto, en su validez o en su eficacia, impidiendo su subsistencia o ejecución”*⁶¹.

⁵⁹ GORDILLO AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 5, Primera Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, Año 2012, página 324

⁶⁰ *Ibidem*, pág. 324.

⁶¹ DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Año 1995, pág. 238.

De lo señalado, la invalidez es la consecuencia jurídica de acto viciado, el mismo que debe ser declarado nulo o anulable. La doctrina señala que no se debe medir la conducta del agente creador del acto viciado, sino la lesión que produzca en el administrado con la consiguiente violación de sus derechos fundamentales.

4.2.4. DIFERENCIAS ENTRE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LOS ESTABLECIDOS EN EL DERECHO CIVIL.

4.2.4.1. De los vicios del consentimiento en el Derecho civil.

De acuerdo a la fuente consultada en la página web, “*Vicio del Consentimiento es todo hecho, manifestación o actitud con la que se anula o restringe la plena libertad o el pleno conocimiento con que debe formularse una declaración*”⁶².

Efectuando un análisis del párrafo antes citado, el consentimiento es la declaración de voluntad destinada a producir efectos jurídicos, mediante la cual una persona se obliga para con la otra en un determinado negocio jurídico, nadie le obliga; las acciones en lo civil requiere de dos personas para contratar, cosa que no ocurre en el derecho administrativo, en este caso, los actos son unilaterales, en el campo civil, el consentimiento debe ser expreso, sin embargo, en contadas ocasiones el consentimiento puede ser tácito.

Al respecto el autor ALFREDO JARAMILLO, manifiesta que “(...) *el consentimiento es un requisito indispensable para la validez de los contratos,*

⁶² <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/03/vco.html>, consulta efectuada el día 12 de Mayo del año 2014.

*puesto que es la manifestación de la voluntad de las personas para establecer vínculos entre sí, que llevan a la creación de derechos y al cumplimiento de sus obligaciones (...)*⁶³.

ALESSSANDRI citado por el mismo autor antes indicado, señala que “(...) *el consentimiento es sinónimo de voluntad y ésta consiste en la actitud o disposición moral para querer algo. En términos simples el consentimiento implica el estar de acuerdo con algo (...)*”⁶⁴.

En el derecho privado, el consentimiento debe estar libre de vicios, constituye el elemento esencial para que un contrato surta los efectos legales correspondientes, se lo debe manifestar de manera expresa o tácita. A decir de ALFREDO JARAMILLO,, El consentimiento está compuesto de dos fases:

“a) Oferta.- Es el acto por el cual una persona invita a otra a celebrar un determinado acto jurídico (contrato), y;

*b) Aceptación.- Es el acto mediante el cual la parte a quien se le hace la oferta expresa su conformidad con ella, es decir acepta la oferta”*⁶⁵.

Los vicios del consentimiento en materia civil, los encontramos establecidos en el Art. 1467 del Código Civil, mismo que señala:

63 JARAMILLO, JARAMILLO, Alfredo, Introducción al Derecho, Tercera Edición, Editorial PUDELECO S.A., Quito– Ecuador, 2001, pág. 174.

64 JARAMILLO, JARAMILLO, Alfredo, Introducción al Derecho, Tercera Edición, Editorial PUDELECO S.A., Quito– Ecuador, 2001, pág. 174.

⁶⁵ *Ibíd*em, pág. 174.

“Art. 1467.- Vicios del consentimiento

Los vicios del consentimiento son:

1o.- El error.

2o.- La fuerza; y

3o.- El dolo”⁶⁶.

El Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales de la República Argentina, emite las siguientes definiciones de los vicios del consentimiento, mismas que las transcribo a continuación:

*“**Error.-** Al error se lo divide en error de hecho y en error de derecho.- Error de hecho es "el que versa sobre alguna cosa que ha sido susceptible de caer materialmente bajo nuestros sentidos" Es responsable por sus actos el que comete este tipo de error; en cambio, error de derecho es el que se refiere a un concepto falso respecto a lo que establece la norma jurídica. Es esencial cuando recae sobre la naturaleza del acto jurídico, sobre la persona con la cual se forma la relación de derecho, sobre la causa principal del acto, sobre la cualidad de la cosa que se ha tenido en mira o respeto del objeto sobre que versare". El error de derecho no implica un acto de mala fe por parte de quien lo cometió⁶⁷”.*

⁶⁶ CÓDIGO, CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Art. 1467, Editorial Jurídica “EL FÓRUM”, Año 2010, Quito-Ecuador.

⁶⁷ Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 1974, pág. 329.

El error consiste en la falta de conformidad entre la voluntad querida y la voluntad declarada, es un juicio erróneo que se tiene de la ley, de una persona o de una cosa. El error es de dos formas: de hecho y de derecho.

Fuerza.- *“Se mira como fuerza de este género todo acto que infunde a una persona justo temor de verse expuestos ella, su cónyuge o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave”⁶⁸.*

Dolo.- *“Es toda intención positiva y consciente de ocasionar daño a otra persona. Es toda intención en falso o con disminución de lo que es verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplea para conseguir la ejecución de un acto o contrato”⁶⁹.*

4.2.4.2. DIFERENCIAS:

De lo analizado en la doctrina y conceptos con respecto a los vicios de los actos administrativos, puedo deducir que los vicios señalados en el derecho civil, producidos por error, fuerza o dolo, son muy diferentes a los vicios de la voluntad del derecho administrativo, ya que en el derecho civil no se puede hablar de voluntad sino de consentimiento para establecer la capacidad de obligación de las personas; en cambio en derecho administrativo no se habla de consentimiento, sino de voluntad del funcionario público, la misma que se va a exteriorizar a través de actos administrativos fundamentándose en la

⁶⁸ *Ibíd*em, pág. 329.

⁶⁹ *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina, 1974, pág. 329.

competencia que la ley otorga a todo funcionario público en el cumplimiento de sus funciones.

4.2.5. DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

4.2.5.1. Generalidades.

El acto administrativo para su plena validez y vigencia, debe satisfacer con todos los requisitos esenciales en su misión y ejecución; la doctrina señala que los mismos son en cuanto al objeto, competencia, voluntad y forma, y producirse con arreglo a las normas constitucionales y legales establecidas en nuestro ordenamiento jurídico. La omisión de los requisitos establecidos para el efecto, producen los denominados vicios, los mismos que conllevan que un acto administrativo sea declarado nulo de pleno derecho o anulable, y pueda ser convalidado por autoridad competente.

Dentro de los vicios del acto administrativos, se encuentra el vicio de desviación de poder, el mismo que es convalidable en el Derecho Administrativo ecuatoriano. El doctrinario SAYAGUEZ LASO, refiriéndose a este tipo de vicio, expone que todos los actos administrativos están expuestos a carecer de legitimidad, señala que: "*La teoría de la desviación de poder se extiende a toda clase de actos, cualquiera sea la discrecionalidad de la*

*administración, porque ésta siempre se halla sujeta a límites*⁷⁰. De acuerdo al criterio del autor en mención, los actos emitidos por la Administración Pública de acuerdo a como fueron creados y el fin de los mismos, pueden adolecer de vicios que afecten su ejecutividad y vigencia.

4.2.5.2. Antecedentes Históricos.

La figura jurídica en estudio, está relacionada con la finalidad para la cual fue creado un acto administrativo, al respecto, su origen no está en el Derecho Romano; la desviación de poder nace sobre *“(...) fines del siglo XIX y encuentra su raíz en la elaboración y doctrina de la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés, al conocer sobre los recursos promovidos en vía de excès de pouvoir (exceso de poder)”*⁷¹.

Francia es el país donde por primera vez se establece esta figura como causa de nulidad de los actos administrativos. En la época monárquica, las normas jurídicas eran solo creadas solo para ser cumplidas por el administrado, mas no por el monarca. MIGUEL MARIENHOFF manifiesta que *“(...) la noción de la desviación de poder es contemporánea al constitucionalismo, a la aparición del principio de “separación de poderes” y en definitiva, a la sumisión de la Administración Pública, al derecho”*⁷².

⁷⁰ SAYAGUEZ LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, tomo 1, Año 1974.

⁷¹ CRETILLA Jr, José, ANULACAO DO ACTO ADMINISTRATIVO POR DESVIO DE PODER, 1a ed. Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1978, págs. 125 y ss.

⁷² MARIENHOFF Miguel,, Tratado de Derecho Administrativo, T. II, 3a ed., Abeledo Perrot, págs. 201 y ss.

La doctrina señala que la desviación de poder como vicio del acto administrativo, la establece el Consejo de Estado Francés. LEÓN AUCOC en el año 1878 lo define de la siguiente manera: *“la desviación del poder conferido a la Administración, que el agente administrativo comete usando su poder discrecional para un caso y por motivos distintos a aquellos en relación a los cuales tal poder le había sido conferido”*⁷³.

*“La teoría de la Desviación de Poder tuvo su mejor momento en Francia, durante los años 1920 hasta 1930, época en la que se consideró un valioso instrumento de moralidad administrativa y de control del Poder Discrecional de la Administración”*⁷⁴.

La figura desviación de poder, es utilizada por el derecho administrativo francés como un recurso en contra de las arbitrariedades del poder, el administrado ya podía hacer uso de esta figura como medio de impugnar un determinado acto administrativo contrario a derecho.

Sobre el mismo tema, JAIME SÁNCHEZ ISAC señala que el esbozo de la doctrina de la desviación de poder por parte del Máximo Tribunal administrativo francés, puede encontrarse en el *“(…) Arret Vernes de mayo de 1858, cuando anulo una decisión del Alcalde de Trouville que en uso de facultades de naturaleza policial, prohibió a los bañistas vestirse y desnudarse en lugares*

⁷³ AUCOC, León, Conferencias sur l'Administration et le Droit Administratif, Paris, Dunod, 1878, pág. 467.

⁷⁴ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/desviacion-de-poder/desviacion-de-poder.htm>, consulta efectuada el 8 de Mayo de 2014.

*distintos a los establecimientos municipales, pero no con una finalidad de resguardo de seguridad o moral pública, sino, con el fin de favorecer los intereses económicos del municipio*⁷⁵.

En América del Sur, fue Colombia, que por influencias del Derecho y la Jurisprudencia Franceses, se conocía desde principios del siglo pasado, la figura de la Desviación de Poder, pero sólo a partir de la expedición del Código Contencioso Administrativo de 1941, se consagró en Derecho Positivo la posibilidad de anulación de los actos por Desviación de Poder. Sin embargo, a diferencia de Francia, en donde la figura se emplea fundamentalmente para el control de poder de policía de la administración; en Colombia; la Desviación de poder como causal de nulidad de los actos administrativos, casi que se ha circunscrito exclusiva mente al control del ejercicio del poder discrecional en la facultad de libre nombramiento y remoción.

4.2.5.3. ¿Pero qué manifiesta la Doctrina del Vicio de Desviación de Poder en el Derecho Administrativo?

Para el doctrinario MAURICE HAURIOU, la desviación de poder constituye “*El hecho de una autoridad administrativa que, realizando un acto de su competencia, con observancia de las normas prescritas y no incurriendo en violación formal de Ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de*

⁷⁵ SÁNCHEZ ISAC Jaime, La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español, Madrid, Año 1973, p. 71.

*aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio*⁷⁶.

En el criterio del autor antes mencionado, las formas o manifestaciones del vicio de desviación de poder, se dan cuando un acto administrativo emitido y ejecutado por autoridad competente, adopta las formalidades exigidas para el efecto, el contenido del acto está encuadrado en la legalidad, sin embargo, es considerado ilegítimo por cuanto ha sido adoptado persiguiendo fines distintos a los marcados por la Ley.

El autor Mexicano GABINO FRAGA, considera que *"en realidad la actuación del Poder Administrativo se desvía cuando persigue fines distintos de los que la ley señala"*⁷⁷.

De los criterios de los autores antes señalados, un acto viciado de desviación de poder, aparentemente el agente cumplió con todos los requisitos establecidos en su creación, pero, la finalidad es distinta a lo establecido por el ordenamiento jurídico vigente.

AGUSTÍN GORDILLO se refiere al vicio de desviación de poder de la siguiente manera:

"Existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley. En efecto cuando las

⁷⁶ HAURIUO, Maurice; Précis de Droit Administratif; Edición París, Dalloz, Año 1983, pág. 203.

⁷⁷ FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Segunda Edición. México, Año 1939. p. 179

normas del ordenamiento jurídico tienen una finalidad expresa o implícita que se desprende de su contenido, debe entenderse que cuando confieren una determinada facultad al administrador lo hacen en tanto y en cuanto sea necesario para llenar esa finalidad, no para realizar el que les plazca en algún momento”⁷⁸.

Según AGUSTÍN GORDILLO, el vicio de desviación de poder, constituye un vicio de tipo subjetivo, es decir, cuando el agente se aparta de la finalidad prevista por la ley en la creación del acto, al tal hacerlo, la conducta del mismo se considera antijurídica; el autoridad administrativa no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de la ley, sino por la finalidad prevista por ella.

El doctrinario colombiano profesor MIGUEL GONZÁLEZ RODRÍGUEZ manifiesta que *"En la Desviación de Poder, la autoridad Administrativa tiene competencia suficiente para dictar el acto, realizar el hecho, pero lo profiere o realiza con desconocimiento de los motivos para los cuales se le ha investido de competencia, es decir, que se emplea la facultad otorgada por la ley con un fin distinto del que la ley quería al otorgarla”⁷⁹.*

Para GARCÍA de ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su Curso de Derecho Administrativo:

⁷⁸ GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires. Ed. Maechi López Op. Cit. P. IX-25.

⁷⁹ GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. Derecho Contencioso Administrativo. Bogotá Ed. Tercer Mundo. 1981. p. 211.

“el vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Lo que está en juego, por tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia Administración”⁸⁰.

SANTA MARÍA PASTOR, señala *“(…) si se piensa que anular un acto administrativo por desviación de poder equivale poco menos que a llamar inmoral o sinvergüenza a la autoridad que lo dictó, lo cual no es en absoluto cierto, no es extraño que los Tribunales contenciosos que así razonan se hayan mostrado reticentes a acoger este vicio en sus pronunciamientos”⁸¹.*

De la doctrina analizada y los criterios de los autores antes citados, el acto viciado con desviación de poder carece de legalidad formal y material, donde el administrador o funcionario público es competente para crear y ejecutar un determinado acto, pero, bajo una falsa apariencia de legalidad, adopta decisiones que no le corresponden y que se hallan viciadas por cuanto la finalidad del acto administrativo no cumple con el bien común establecido en la ley; es decir, el fin es ilegítimo y desviado. Por ello considero que detrás del desvío de poder esta la intención dolosa del agente en el desvío del fin del acto, sea esto para beneficio personal, familiar o de la misma administración.

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Décima Edición, Madrid, España. Civitas Ediciones, S.L. Año 2000.

⁸¹ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. “Fundamentos De Derecho Administrativo”. Volumen I. Centro de Estudios Ramón Areces. España, Año 2002.

4.2.5.4. Casos en los cuales las autoridades incurren en el vicio de desviación de poder.

Las autoridades administrativas, solo pueden realizar lo que el ordenamiento jurídico dispone, no puede hacer ni más ni menos, aquí se aplica el principio jurídico, que en derecho público solo se hace lo que le ley prescribe, al contrario del derecho privado que se puede realizar todo excepto lo que la ley expresamente prohíbe. En la desviación de poder, la autoridad administrativa al estar investida de competencia, utiliza su poder para finalidades distintas a las que el ordenamiento jurídico establece, generando vicios en el acto, al respecto GORDILLO señala:

“El administrador tiene su competencia circunscripta a los que las normas determinan, por lo cual la facultad que aquellas le confieren está necesariamente restringida y orientada al cumplimiento de la propia finalidad del sistema normativo. Cuando el administrador se aparta de la finalidad prevista por el sistema, su conducta es por ello sólo antijurídica: no estaba jurídicamente autorizado para usar del poder de las normas sino con la finalidad prevista por ellas”⁸².

Dentro de la desviación de poder, encontramos tres casos en los cuales las autoridades emiten actos que tienen finalidad distinta a las establecidas en el ordenamiento jurídico, decisiones administrativas que nacen con vicios y

⁸² GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª. Edición, Tomo 3, Año 2000, pág. X29.

causan la nulidad del acto administrativo. El funcionario cuando abusa de su autoridad la puede ejercer para favorecer una finalidad personal, beneficiar a un tercero o grupo; y/o, beneficiar a la propia administración.

Existe una finalidad personal, a decir del autor español JOSÉ MARÍA BOQUERA OLIVIER, *“cuando el funcionario materializa su actuar empujado por un fin vengativo, partidario, favoritista, de lucro, maldad, etc.”*⁸³.

El beneficio a un tercero o grupo, es considerado por la doctrina como un fin extraño, en este caso, la autoridad administrativa desvía el fin del acto, incumple las normas jurídicas y con su decisión favorece a terceras personas; AGUSTÍN GORDILLO ejemplifica estos vicios muy acertadamente al señalar lo siguiente:

*“Si un funcionario está autorizado para realizar contratación directa, prescindiendo de la licitación pública y contrata con una determinada empresa porque son amigos suyos y desea ayudarlos con el contrato, etc. También hay desviación de poder si la expropiación es para incorporar un bien al dominio público para hacer un camino para posibilitar el acceso directo de un finca particular a una ruta nacional”*⁸⁴.

Y por último el funcionario beneficia a la administración o aparentemente al bien común, sobre esto, el autor AGUSTÍN GORDILLO señala que este caso

⁸³BOQUERA OLIVIER José María, Estudio sobre el acto administrativo, Madrid, Civitas, Año 1993, p. 194.

⁸⁴ GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª. Edición, Tomo 3, Año 2000, pág. EAA-IV-18.

se da:

“(...) cuando con un afán de extra protección hacia los bienes o recursos de la administración los resguarda muy celosamente en desmedro de los fines sociales con que se creó la norma jurídica, esta clase de desvío de poder son los más comunes, ya que el administrador en vez de cumplir la finalidad de sus funciones, pone trabas o limita sus servicios, con propósitos errados como el ahorro, la conservación, dejando a un lado la labor fundamental de ayuda y servicio a la sociedad; el ejemplo clásico para esta clase de desviación de poder es el tratar de cobrar el mayor número posible de multas, no para desalentar el incumplimiento de las normas administrativas, sino para obtener fondos para financiar el presupuesto público”⁸⁵.

La doctrina enumera los casos en los cuales las autoridades administrativas incurren en el vicio de desviación de poder, dentro de este marco, el agente o funcionario público se aprovecha de su investidura e incumple las formalidades en la creación y ejecución de un acto administrativo. Me atrevería a decir que la desviación de poder es una especie de corrupción disfrazada en la legalidad, por cuanto, la autoridad investida del poder que le otorga la ley, desvía la finalidad de sus actuaciones al beneficiarse personalmente, a terceros o grupos y aun a la misma administración.

⁸⁵ GORDILLO Agustín, op. Cit. P. EAA-IV-18.

4.2.5.5. De la prueba en la desviación de poder.

Al respecto, el autor DE LAUBADERE señala lo siguiente: *“Es casi unánime la Doctrina al considerar la dificultad de la prueba en la desviación de poder. Sin embargo no siempre esa dificultad es apreciada de igual manera pues las posiciones varían entre quienes son restrictivos en la concepción probatoria y quienes presentan una flexible frente a la misma”*⁸⁶.

La autora DE PÉREZ CORTEZ MARÍA JEANERET se refiere a la prueba en la desviación de poder de la siguiente manera:

*“En orden a la dificultad de su prueba, la experiencia indica que el juzgador habrá de tener en cuenta, a los efectos de tener por configurado el vicio de desviación de poder, **los términos** en que ha sido redactado el acto administrativo, considerando la competencia asignada al órgano, **los antecedentes** que puedan surgir de las actuaciones administrativas que lo han precedido, **la motivación** expuesta por la propia Administración, observando especialmente los dictámenes jurídicos previos al dictado del acto; y el **pertinente arqueo***

⁸⁶ DE LAUBADERE André. Manual de Derecho Administrativo. Traducción de Jesús Villamizar Herrera. Bogotá: Ed. Temis. 1985. p. 103.

*con el resultado final obtenido por el acto administrativo dictado por la Administración*⁸⁷.

Para CARLOS BETANCUR JARAMILLO, la prueba en la desviación de poder, consiste en las siguientes:

“El acto Administrativo Acusado. *No obstante su aparente legalidad, es necesario observar con detenimiento la relación del acto impugnado, el orden del discurso escrito que contiene la .decisión y la secuencia de los artículos o disposiciones. Todos estos aspectos pueden poner de manifiesto el motivo o fin determinante.*

Motivación del Acto. *En los actos administrativos motivados y aún en los que no hay obligación legal de hacerla pero se efectúa, se debe investigar la correspondencia entre la verdad real y los medios y finalidades enunciadas*⁸⁸.

Los medios de prueba están establecidos en nuestro ordenamiento jurídico; en la desviación de poder, la doctrina es unánime al señalar la dificultad de la prueba, por ser un vicio de tipo subjetivo; de acuerdo a los autores antes señalados, la motivación del acto acusado está entre los principales medios de prueba, luego esta los términos a través de los cuales fue redactado el acto y los antecedentes. El juez para tomar una resolución favorable al administrado

⁸⁷ DE PÉREZ CORTEZ María Jeaneret, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder” LL 2002-D, 1408 y sus citas.

⁸⁸ BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora. 5ª edición. Medellín. 1998. p. 167, 207.

cuando sus derechos hayan sido vulnerados por la ejecución de un acto administrativo viciado con desviación de poder, deberá valorar lo subjetivo del acto, la intención, puede ser también que exista dolo por parte del funcionario público, no se debe olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico está establecido la libre valoración de la prueba de acuerdo a la sana crítica por parte del juzgador.

4.2.5.5.1. Dificultad probatoria en la desviación de poder.

GORDILLO manifiesta que:

“La desviación de poder, a diferencia de la razonabilidad, presenta la dificultad probatoria de que por tratarse de intenciones subjetivas del funcionario, es necesario encontrar pruebas indiciarias o elementos probatorios circunstanciales, para poder acreditar que la finalidad desviada realmente existió; pocas veces es el acto mismo el que permite demostrar, a través, por ejemplo, de su motivación, que adolece de este vicio: Mas normalmente la prueba resultará de un conjunto de circunstancias ajenas al aspecto externo del acto, pero que están en la realidad y en los antecedentes del caso”⁸⁹.

Como nos explica GORDILLO, existe dificultad para recopilar las pruebas necesarias dentro de la desviación de poder. Por tratarse de un vicio de tipo

⁸⁹ GORDILLO, Agustín Alberto, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Teoría General del Derecho Administrativo, Tomo 8, 1ra. ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Año 2013, págs. 329-330.

subjetivo, considera necesario que el juez recopile la prueba indiciaria o los elementos circunstanciales y así poder determinar la finalidad desviada del acto administrativo; según el autor señalado, la motivación quedaría en segundo plano para poder probar la desviación de poder, se fundamentaría en las circunstancias y en los antecedentes a través de las cuales fue creado y ejecutado el acto administrativo.

El mismo autor dice que *“(...) a veces hay una desviación existente pero que no puede acreditarse; pero no debe pensarse que esta dificultad sea insalvable. Muchas veces el funcionario que persigue una finalidad distinta de la prevista por la ley deja rastros de su conducta, que se pueden acreditar por prueba documental, testimonial, o indiciaria, y que sirven para demostrar la finalidad persecutoria de favoritismos, etc.”*⁹⁰.

También se puede motivar el juez para una resolución en: *“Expresiones vertidas por el funcionario ante terceros, actos de procedimiento que no aparecen objetiva y razonablemente motivados y que indican por ello una finalidad desviada, etc., pueden ser elementos de prueba para la desviación de poder”*⁹¹.

Para GORDILLO, la simulación se considera un medio de prueba, y señala:

“(...) se parece al dolo en que es conducta artera o maliciosa; a diferencia del error, no es producto de la negligencia o del descuido, sino

⁹⁰ GORDILLO, Agustín Alberto, op. Cit. P. 329.

⁹¹ *Ibíd*em, págs. 329.

*de la perversidad o de la mal entendida "viveza." Se emparenta así con la desviación de poder, la mala fe, la inmoralidad administrativa. Por estos motivos creemos que debe tenerse a su respecto un criterio amplio en cuanto a la administración de medios probatorios, que deben serlo todos, incluso los indiciarios"*⁹².

4.2.5.6. DIFERENCIAS DE LA FIGURA DESVIACIÓN DE PODER CON OTRAS FIGURAS ANÁLOGAS.

De los conceptos analizados de la doctrina citada a lo largo de este trabajo, la figura Desviación de Poder, puede crear confusión por parte del sistema judicial compuesto por jueces, abogados, empleados judiciales y otros, aparentemente tienen la misma acepción con otras figuras como usurpación de poder, exceso de poder, abuso del derecho entre otras, a continuación analizare las mencionadas y podre diferenciar a través de su significado y definición.

4.2.5.6.1. Usurpación de Poder.- De acuerdo al autor GEORGES VEDEL, "es un acto hecho por una persona sin título ni capacidad"⁹³. En este caso, se trata de una especie de incompetencia que doctrinariamente ha dado origen a la Teoría de los Funcionarios de Hecho, esta figura hace relación a la competencia, la Desviación de Poder al fin del Acto Administrativo.

⁹² GORDILLO, Agustín Alberto, op. Cit. P. 329.

⁹³ VEDEL, Georges, Derecho Administrativo, traducción de Juan Rincón Jurado, Ediciones Aguilar, Madrid, Año 1980, pág. 506.

4.2.5.6.2. Exceso de Poder.- En nuestra legislación y de acuerdo a la jurisdicción Contencioso-Administrativa, es el principal medio por el cual se hace operante el recurso de anulación de los actos administrativos; en este caso, tenemos el recurso de anulación objetivo por exceso de poder.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRIA refiriéndose al exceso de poder, señala que constituye “(...) *un recurso específico que se llamará d’excés de pouvoir, de exceso de poder. Se trata inicialmente de denuncias de los ciudadanos sobre graves irregularidades en la actuación de la Administración que de alguna manera les afectan. Este recurso, en el que el Consejo de Estado francés actúa en su posición básica de «conciencia de la Administración»*”⁹⁴.

Doctrinalmente HAURIOU define el recurso por exceso de poder, como:

*“(...) una vía de nulidad contenciosa que confiere al Consejo de Estado el poder de anular una decisión ejecutoria administrativa, si ésta contiene un exceso formal de la autoridad que ha adoptado la decisión (incompetencia, violación de forma, desviación de poder, violación de la ley) y que, por ello, tiende a oponerse al procedimiento de oficio. Este recurso es contencioso porque se interpone ante un juez público, el Consejo de Estado, y finaliza en una decisión jurisdiccional dotada de fuerza de cosa juzgada”*⁹⁵.

⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?, año 2007. págs. 46-47.

⁹⁵ HAURIOU, Maurice. LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE de 1892 a 1929 (D'Après les notes d'arrets du Recueil Sirey). París, Año 1929, p. 332.

A través de este recurso, los administrados podían solicitar a la administración que declare nulo el acto administrativo. Al inicio se lo aplicaba para denunciar las irregularidades que cometía la autoridad administrativa, se consideraba que la autoridad se extralimitaba en sus funciones; es un vicio de estricta legalidad, razón por la cual en nuestra legislación constituye un medio de impugnación del acto administrativo ejecutado que haya ocasionado daño al administrado.

4.2.5.6.3. Abuso del Derecho.- A este respecto, VEDEL señala lo siguiente:

“desviación de poder y abuso del derecho son dos términos semejantes, diferenciables exclusivamente en relación al derecho tutelado. En ambos existe el ejercicio de un poder o de un derecho con fin distinto del señalado por el legislador. El abuso del derecho hace relación al ejercicio ilegítimo de un derecho subjetivo. "Summus Jus, summa injuria". La desviación de poder hace relación al ejercicio ilegítimo de una potestad o competencia”⁹⁶.

VIDAL PERDOMO señala: *“el abuso del derecho repercute sobre la responsabilidad, la Desviación de poder hace anulable el acto. El abuso del Derecho se presenta en relación a Actos o Contratos, la desviación de poder solamente se presenta en Actos Unilaterales de la Administración. En ambos, Abuso del Derecho y Desviación de Poder, hay el ejercicio de un derecho o de un poder para un fin condenado por el Derecho”⁹⁷.*

⁹⁶ VEDEL, Georges, Derecho Administrativo, traducción de Juan Rincón Jurado, Ediciones Aguilar, Madrid, Año 1980, pág. 457.

⁹⁷ VIDAL PERDOMO Jaime, Derecho Administrativo, 8va. Edición, Bogotá, Editorial Temis, Año 1985, pág. 289-290.

4.2.6. IMPUGNACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS QUE ADOLEZCAN DE VICIOS.

Una de las características del acto administrativo es que se considera esencialmente impugnabile, siempre que produzca efectos jurídicos que afecten derechos o intereses de los administrados, y, en ciertos casos, de la propia Administración Pública. La impugnación de los actos administrativos tiene lugar a través de los recursos administrativos y jurisdiccionales que señala nuestro ordenamiento jurídico. La impugnación constituye en sí una garantía constitucional inherente al individuo, la cual se hace valer como un derecho de defensa frente al Estado; el recurrir una resolución administrativa se encuentran consagrado en la Constitución de la República del Ecuador.

El autor chileno JAIME.JARA SCHNETTLER, manifiesta que *“La impugnabilidad es una característica que incide importantemente en los modos de extinguir los actos administrativos, no sólo en cuanto determina el derecho de los interesados a oponerse a determinados actos, sino que además materializa la idea que los actos son revocables, nuevamente en sentido amplio, por motivos de mérito o ilegalidad”*⁹⁸.

Cabe mencionar que los medios de impugnación por alguna vía jurídica, sea ésta administrativa o jurisdiccional, ataca la presunción de legalidad de dichos actos, puede ser destruida, atacándose éstos por alguna de las vías

⁹⁸ JARA SCHNETTLER., Jaime. Apuntes sobre Acto y Procedimiento Administrativo Ley N°19.880. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago. Año 2009, pág. 32.

impugnatorias que se contemplan en nuestro ordenamiento jurídico. A su vez, la acción de impugnar, implica la revisión del mérito, oportunidad o legalidad del acto administrativo.

CLAUDIO MORAGA KLENNER, se refiere a la impugnación de la siguiente manera:

“La revisión o impugnación de los actos administrativos es la concreción del derecho de los particulares, para ante la Administración, de accionar, y más ampliamente, de representar los actos de la autoridad que adolezcan, a juicio de los recurrentes de un vicio de legalidad o en atención al mérito, oportunidad o conveniencia de los mismos, y que sea causal de modificación, reemplazo o extinción total de dichos actos”⁹⁹.

En nuestro país, cuando una resolución administrativa ha vulnerado derechos fundamentales en la persona del administrado, puede impugnar la misma a través de la imposición de los recursos establecidos en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. La impugnación vía recurso contencioso administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública que hayan afectado la esfera del administrado, con la consiguiente vulneración de derechos constitucionales establecidos en la Carta Fundamental.

⁹⁹ Ibídem. Pág. 32.

4.3. MARCO JURÍDICO

4.3.1. FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico y de acuerdo a los preceptos constitucionales, el Estado ecuatoriano se constituye en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social (Art. 1 Constitución), por lo cual, todo el ordenamiento jurídico en nuestro país tiene que adecuarse a lo consagrado y establecido en la Constitución, es la norma suprema de la República, es la base fundamental para la organización del Estado, rige las relaciones entre las Instituciones y reconoce derechos y garantías a los ciudadanos. La Constitucionalidad de las leyes es la característica fundamental del Estado, sirve de base para las demás normas que se expidan tengan el control constitucional y mediante la cual se regulan los poderes del Estado, otorgándoles atribuciones específicas.

Cabe mencionar que una de las mayores aspiraciones del Estado Constitucional de Derechos y de Justicia, es determinar y guiar el ejercicio del poder público, a través de los órganos establecidos en el ordenamiento jurídico, para así garantizar la vigencia de los derechos ciudadanos. En la parte dogmática están los principios por los cuales todas las instituciones y órganos estatales deberán exteriorizar su voluntad. El Art. 1 de la Carta Magna señala que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social,

democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Está organizado en forma de república y una forma de gobierno descentralizado.

La Constitución de la República del Ecuador, nos da a los ciudadanos y a las personas en general, una protección contra todo acto que, lesionando nuestros derechos constitucionales nos afecte y produzca daño, sin importar si el causante de dicho daño es el Estado o un particular que actúa en nombre de éste; es así que el Art. 11 de la misma, manifiesta:

“Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios:

***Nral. 9.** El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos”¹⁰⁰.*

¹⁰⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Año 2008, Publicada en el Registro Oficial Suplemento.

Dentro de este mismo marco de ideas, el Art. 424 de la Constitución consagra la supremacía constitucional al señalar:

“Art. 424.- La Constitución es la Norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”¹⁰¹.

El Art. 424 de la Constitución de la República del Ecuador define a la Constitución como la Norma Suprema que prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico; y adicionalmente esta norma constitucional, somete al imperio de la Constitución, todo el resto del ordenamiento jurídico ecuatoriano, al disponer que las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con sus disposiciones, ya que caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La actual Constitución también garantiza el sometimiento de los actos de la Administración Pública al ordenamiento jurídico; es decir, deben estar encuadrados dentro de la norma legal; además, dentro del bloque de la legalidad, integrado por leyes, normativas, reglamentos y principios que orientan el ordenamiento jurídico; en este caso tenemos las disposiciones del Art. 426; así también al reconocer al Ecuador como Estado constitucional,

¹⁰¹ Ibídem, Art. 424.

debemos comprender que existe una conformidad con el principio de juridicidad de acuerdo al Art. 424 de la Constitución.

Es decir que el ejercicio de la potestad discrecional del órgano administrativo se encuentra siempre sometido a los preceptos constitucionales establecidos para el efecto, con garantías, derechos y principios constitucionales. Así, están las disposiciones del Art. 426 de la Carta Fundamental, mismo señala lo siguiente:

“Art. 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución.

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías

establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”¹⁰².

En lo que respecta a la competencia de los órganos administrativos para la emisión y ejecución de actos administrativos, tenemos las disposiciones del Art. 226 de la Constitución, en concordancia con el Art. 84 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva.

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”¹⁰³.

El Art. 227 de la Constitución, en sus disposiciones constitucionales se consagran los principios por los cuales deberá regirse la Administración Pública en el servicio que debe brindar a la colectividad, debo manifestar que el servicio público es un servicio a la colectividad a través de sus órganos e instituciones siempre basadas en el bien común, al respecto la norma constitucional manifiesta:

¹⁰² *Ibíd*em, Art. 426.

¹⁰³ *Ibíd*em, Art. 226.

“Art. 227.- *“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rigen por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”*¹⁰⁴.

En cuanto a la responsabilidad de las/los servidores públicos, se está a lo consagrado en el Art. 233, la misma que establece las responsabilidades administrativas, civiles y penales para los servidores públicos, en caso de omitir solemnidades sustanciales en las funciones a ellos encomendadas; la norma señala:

“Art.- 233.- *Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”*¹⁰⁵.

Luego está la motivación, que constituye el fundamento de toda resolución administrativa, constituye las normas y los principios aplicados en la creación del acto administrativo. A través de la motivación, las autoridades públicas deben sustanciarse para la creación y ejecución de los actos administrativos, los mismos deberán estar fundamentados tanto en la Constitución, así como

¹⁰⁴ *Ibíd*em, Art. 227.

¹⁰⁵ *Ibíd*em, Art. 233.

también en la ley, al respecto están las disposiciones del Art. 73, literal I, el mismo que establece:

“Art. 76; literal I.- *Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho”*¹⁰⁶.

Respecto a la impugnación de los actos administrativos, estamos a lo dispuesto por el Art. 173 de la Constitución que concuerda con el Art. 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva; todo acto administrativo que emitido y ejecutado que vulnere derechos constitucionales del administrado, puede ser impugnado; según la ley, el acto administrativo goza de la presunción de legalidad al momento de ser creado, pero las normas constitucionales y legales facultan a los administrados a impugnar dichos actos al considerárseles que han sido emitidos sin cumplir con las solemnidades sustanciales para estos casos; al respecto la norma constitucional establece:

“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”*¹⁰⁷.

¹⁰⁶ *Ibíd*em, Art. 76, literal L.

¹⁰⁷ *Ibíd*em, Art. 173.

4.3.2. DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA.

De acuerdo con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, Decreto Ejecutivo núm. 2428, Registro Oficial No. 536, del 18 de Marzo del 2002, el Art. 65 de dicho cuerpo legal emite el siguiente concepto de acto administrativo al señalar:

“Art. 65.- ACTO ADMINISTRATIVO.- Es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos individuales de forma directa”¹⁰⁸.

En lo que respecta a la vigencia y notificación del acto administrativo para que tenga plena validez y vigencia, se encuentra lo que establece el Art. 66 de dicho cuerpo legal, mismo que señala lo siguiente:

“Art. 66.- Los actos administrativos para su plena validez deberán ser obligatoria-mente 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”¹⁰⁹.

¹⁰⁸¹⁰⁸ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 del 18-Mar-2002 Contiene hasta la reforma del 23-May-2013.

¹⁰⁹ *Ibidem*, Art. 66.

En cuanto al principio de legalidad y ejecutoriedad del acto administrativo, el Art. 68 establece:

“Art. 68.- Legitimidad y ejecutoriedad.- Los actos administrativos se presumen legítimos y deben cumplirse des-de que se dicten y de ser el caso, se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en este estatuto”¹¹⁰.

En lo relacionado a la impugnación del acto administrativo, se está lo que dispone el Art. 69 de dicho cuerpo legal, mismo que señala:

“Art. 69.- 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”¹¹¹.

La norma antes señalada refiriéndose a la impugnación del acto administrativo, señala que para interponer los recursos en vía contencioso administrativa, no

¹¹⁰ Ibídem, Art. 68.

¹¹¹ Ibídem, Art. 69.

es necesario agotar la vía administrativa, es decir, el agotamiento de la vía administrativa es optativo.

Es necesario mencionar que en el caso de interponer los recursos necesarios para impugnar el acto administrativo, el Art. 189 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. También se establece el principio general de que cualquier recurso administrativo, salvo que una disposición establezca lo contrario, no suspende la ejecución del acto impugnado. Pero la norma antes indicada seguidamente menciona:

“(...) No obstante lo dispuesto en el numeral anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros, dispondrá la suspensión y de oficio o a solicitud del recurrente suspenderá la ejecución del acto impugnado cuando la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”¹¹².

Si el recurso se fundamenta en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el Art. 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, la ejecución del acto se suspende de manera inmediata al momento de presentar el recurso.

Por otra parte, el Art. 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece una suspensión por silencio administrativo de

¹¹² Ibídem, Art. 189.

no resolver la petición suspensiva. En el párrafo tercero dice: *“La ejecución del acto impugnado se entenderá suspendida si transcurridos quince días desde que la solicitud de suspensión haya sido presentada ante el registro del órgano competente para decidir sobre la misma, éste no hubiese dictado resolución expresa al respecto”*¹¹³.

Es decir, que lograda la suspensión administrativa, ésta se prolonga hasta el fallo del proceso judicial por el fondo.

4.3.2.1. DE LA EXTINCION Y REFORMA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS DE ACUERDO AL ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA.

Sobre este asunto, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece una serie de mecanismos a través de los cuales se extingue o reforma el acto administrativo; sobre el origen de la extinción o reforma, el Art. 89 de dicho cuerpo legal manifiesta:

“Art. 89.- 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.

¹¹³ *Ibíd*em, Art. 129.

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”¹¹⁴.

La extinción o reforma puede efectuarla la misma administración, también es competente hacerla por el administrado, es decir, el mismo, puede hacer un petitorio de extinción o reforma de un acto administrativo, esto debe hacerlo previo el cumplimiento de requisitos establecidos para el efecto. Las razones, están establecidas en el Art. 90 de dicho Estatuto al señalar:

“Art. 90.- *Los actos administrativos podrán extinguirse o reformarse en sede administrativa por razones de legitimidad o de oportunidad”¹¹⁵.*

Lo que respecta a la extinción o reforma por razones de oportunidad, el Art. 91 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, establece lo siguiente:

“Art. 91.- *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.*

¹¹⁴ *Ibíd*em, Art. 89.

¹¹⁵ *Ibíd*em, Art. 90.

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”¹¹⁶.

La norma antes descrita es clara al manifestar que la extinción o reforma se dará únicamente por razones de orden público, tal acción no tendrá efectos retroactivos. Aquí se observa que la administración se constituye en juez y parte, la misma autoridad que lo creó, puede proceder a extinguirlo, considero esto debe ser de otra manera, se debería investigar si el acto extinguido causó algún daño al administrado y sancionar al agente que lo creó y ejecuto.

Si el acto administrativo acusado ocasionare daño al administrado, la Administración Pública procederá con la consiguiente indemnización de los daños ocasionados, así lo dispone el Art. 92 de dicho cuerpo legal.

“Art. 92.- 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

¹¹⁶ Ibídem, Art. 91.

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”¹¹⁷.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, también da la potestad de declarar extinguido un acto administrativo de oficio por autoridad competente, tal acción procederá de encontrarse que el acto administrativo contiene vicios que no pueden ser subsanados o convalidados, fue creado y ejecutado; la extinción de oficio la realizará la misma administración a través de sus autoridades. A este respecto, se está a lo dispuesto por el Art. 93 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, mismo que señala:

“Art. 93.- 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

¹¹⁷ *Ibíd*em, Art. 92.

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”¹¹⁸.

4.3.2. DE LOS VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN EL ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA.

4.3.2.1. Vicios Que provocan Nulidad Absoluta de los Actos administrativos.

Las causales de nulidad están directamente relacionadas a la omisión y a la falta de observancia los requisitos y elementos esenciales en la creación del acto administrativo; también se produce por la falta de observancia de las normas que regulan su finalidad; en tal virtud, cuando estos elementos son omitidos, la ley contempla la sanción de nulidad del acto administrativo.

El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, al tratar sobre la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, establece:

¹¹⁸ *Ibíd*em, Art. 93.

“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.

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”¹¹⁹.

A continuación analizaré el Art. 94 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, de esta manera poder tener una mejor comprensión sobre los motivos o causas por las cuales los actos administrativos deben ser considerados de nulidad absoluta o de pleno derecho.

¹¹⁹ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA, op. Cit. Art. 94.

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

Los actos administrativos gozan de la presunción de legalidad desde el momento de su emisión por parte del órgano de la Administración que los creó. En tal virtud, el principio de legalidad está consagrado en el Art. 226 de la Constitución de la República, al señalar que “(...) *los órganos administrativos no pueden ejercer más competencias que las que les sean atribuidas en la Constitución y la ley*”¹²⁰.

Para que un acto administrativo sea considerado nulo de pleno derecho, el agente del órgano administrativo que infringe la ley, es decir, actúa fuera del campo atribuido a su competencia que le han sido asignadas, por lo tanto todo lo actuado por dicha autoridad se considera nulo. Está muy claro lo que establece la norma citada, la misma señala que no toda incompetencia da lugar a la nulidad absoluta del acto, esta refiriéndose expresamente a la incompetencia en razón de la materia, el tiempo o el territorio, pero, no menciona la incompetencia en razón del grado.

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

Considero que el acto administrativo de imposible cumplimiento, se trataría de una imposibilidad de hecho, no de una imposibilidad jurídica. En este caso se

¹²⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Año 2008, Publicada en el Registro Oficial Suplemento.

trataría de actos administrativos emitidos por el ente administrativo que hace imposible su cumplimiento por parte de los administrados. Se trataría de una ilegalidad que debe ser analizada y establecer de esta manera si es procedente declarar la nulidad o anulabilidad del acto.

Al hablar de la imposibilidad de hecho, el contenido del acto no está acorde a la realidad. Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, habla de la *“imposibilidad de carácter ideal o lógico y a la que surge del contenido ambiguo de determinados actos”*¹²¹.

La segunda parte de la norma citada extiende la nulidad de pleno derecho a cualquier infracción de orden penal, ya sea ella el objeto del acto. Al respecto el Art. 233 de la Constitución establece responsabilidad administrativa, civil y penal a los funcionarios públicos que incurran en este tipo de actos, la norma constitucional dispone:.

*“Art.- 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”*¹²².

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

¹²¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, Madrid, 2001.

¹²² CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, op. Cit...Art. 233.

La causal se refiere, a la realización de un procedimiento distinto al previsto o la omisión de las partes fundamentales del procedimiento, de tal manera que este último, como dicen GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ, “*se vuelve inidentificable, lo que ocurre cuando la omisión de reglas esenciales, a las que se hace referencia enseguida, se lleva al extremo de dejarlas todas de lado y convertir al procedimiento en un trámite que nada tiene que ver con el previsto en las normas*”¹²³.

La causal se refiere, precisamente, a esta omisión de partes fundamentales cuando habla del incumplimiento de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos administrativos.

Analizando el último inciso del Art. 94, claramente se puede apreciar que está presente el vicio de desviación de poder al señalar:

*“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”*¹²⁴.

Como ya lo analicé anteriormente, tanto la doctrina y los conceptos emitidos respecto del vicio en mención, señalan que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder una clara vulneración al ordenamiento jurídico.

¹²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, Madrid, 2001.

¹²⁴ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA, op. Cit. Art. 94.

Debo recalcar una vez más que si el acto administrativo emitido contiene irregularidades que vulneren el ordenamiento jurídico establecido debe ser considerado de nulidad absoluta, no debe ser convalidado como en la actualidad lo establece el Art. 95 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

La desviación de poder es contraria a derecho, el fin del acto administrativo que emite la Administración Pública, conlleva una finalidad en su aplicación, cual es el bien común de los integrantes de la sociedad. La finalidad es un elemento esencial del acto administrativo. A este respecto cito la jurisprudencia emitida en una de sus resoluciones la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, al mencionar: *“todo poder es conferido por la ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública”*¹²⁵.

Por su parte, en el Art. 129 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, habla sobre la Nulidad de Pleno derecho y establece:

“Art. 129.- Nulidad de pleno derecho:

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

¹²⁵ Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de mayo de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 9, p. 2966, tercer considerando. En el mismo sentido puede verse la sentencia de la misma sala, de 25 de julio de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 10, p. 3346, primer considerando.

- 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 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”¹²⁶.

¹²⁶ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA, op. Cit. Art. 129.

Por su parte el Art. 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 que cabría declararla; en este sentido, la referida norma señala:

“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”¹²⁷.

4.3.2.2. Vicios que hacen anulable el acto administrativo y procede la convalidación.

Este tipo de nulidad lo establece el Art. 95 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el mismo que transcribo a continuación:

¹²⁷ LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Ley 35 Registro Oficial 338 de 18-mar-1968 Última modificación: 28-dic-2001-Estado: Vigente.

“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”¹²⁸.

Nota: El subrayado y las negrillas son mías.

La norma en mención señala que todo acto administrativo que incurra en otras violaciones al ordenamiento jurídico deberá ser convalidado por autoridad competente de la misma administración, en este caso vuelvo a recalcar que el órgano administrativo se convierte en juez y parte y procede a la convalidación. La norma señala que serán convalidados inclusive el acto administrativo que adolezca del vicio de desviación de poder, al tal hacerlo, está claro que existe una clara vulneración al ordenamiento jurídico establecido; Este tipo de nulidad

¹²⁸ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA, op. Cit, Art. 95.

está delimitada para garantizar la seguridad jurídica pero a costa de la afectación y vulneración de los derechos del administrado.

Los actos administrativos son anulables cuando adolecen de vicios de menor gravedad, por lo que la anulabilidad debe ser solicitada por el particular afectado, siendo sus efectos plenos, mientras no sean declarados revocados o nulos. Pudiendo ser convalidados por la autoridad o por el transcurso del tiempo, que esté determinado en la ley.

Los actos anulables los establece el Art. 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, el mismo que menciona los vicios del acto administrativo anulables, que permite la convalidación, subsanando los vicios de que adolezcan, convalidación que producirá efectos a partir de la fecha en que tenga lugar. Al respecto la norma establece:

“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”¹²⁹.

Se debe tomar muy en cuenta que el Art. 130 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, menciona cuales son los actos administrativos que pueden ser convalidados por autoridad competente; en el numeral uno de la norma citada, encontramos que los actos administrativos que adolecen del vicio de desviación de poder pueden ser convalidados, es decir, legalizados o subsanados por la autoridad administrativa competente.

Concluyendo con el análisis del marco jurídico con respecto de los vicios del acto administrativo que pueden ser convalidados, hago notorio que el numeral uno de la norma legal mencionada establece que podrán ser convalidados inclusive actos que violen el ordenamiento jurídico, y señala que se procederá a la convalidación incluso los actos administrativos que adolezcan del vicio de desviación de poder.

A lo largo del desarrollo del trabajo investigativo y luego del análisis de los conceptos, doctrina, normas constitucionales y jurídicas, he demostrado que la desviación de poder se presenta cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la Ley, es decir, el acto no es legal, por cuanto dicho acto no está apegado a derecho, entonces el acto es inexistente o de

¹²⁹ ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA, op. Cit. Art. 130.

nulidad absoluta. Razón por la cual, el acto que adolece de tal vicio no debe ser convalidado, por todos los motivos expuestos, considero urgente la reforma de los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, e incorporar el vicio de desviación de poder como un acto nulo de pleno derecho y el mismo pueda ser impugnado para de esta manera salvaguardar y tutelar los derechos fundamentales de los administrados como lo dispone el Art. 75 de la Constitución.

4.3.3. REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD Y LA DESVIACIÓN DE PODER DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (Decreto No. 3179).

El mismo fue emitido por el entonces Presidente de la República Dr. Gustavo Noboa Bejarano, dicho reglamento en sus considerandos más principales se encuentran el sometimiento de la administración pública a la Constitución y la ley y que los actos administrativos emitidos se encuadren en el principio de legalidad estipulado en el Art. 119 de la Constitución vigente del año 1998. Cabe señalar que el Decreto se creó el 10 de octubre del 2002, con el número 3179, publicado en el Registro Oficial 686, 18-X-2002.

Art. 1.- Ámbito de aplicación.- Las disposiciones del presente reglamento se aplicarán a todo acto administrativo que emane de la Administración Pública Central e Institucional de la Función Ejecutiva.

“Art. 2.- De los actos discrecionales.- La potestad discrecional de la administración en la producción de actos administrativos se justifica en la presunción de racionalidad con que aquella se ha utilizado en relación con los hechos, medios técnicos y la multiplicidad de aspectos a tener en cuenta en su decisión, a fin de que la potestad discrecional no sea arbitraria, **ni sea utilizada para producir una desviación de poder** sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interpretados y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquella persigue”¹³⁰.

“Inciso tres del Art. 4.- De la motivación.- La motivación se constituye como la necesaria justificación de la discrecionalidad reglada administrativa, que opera en un contexto diferente al de la propia decisión. **Aquella será atacable en materialidad a través de la desviación de poder** o la falta de causa del acto administrativo, pero en el caso de los actos discrecionales encontrará su principal instrumento de control en la justificación, precisamente por la atenuación de la posible fiscalización sobre los otros elementos del acto administrativo”¹³¹.

¹³⁰ REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (Decreto No. 3179), 10 de octubre del 2002, con el número 3179, publicado en el Registro Oficial 686, 18-X-2002).

¹³¹ REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (Decreto No. 3179), 10 de octubre del 2002, con el número 3179, publicado en el Registro Oficial 686, 18-X-2002).

Efectuando un comentario a la normativa citada, el ámbito de aplicación es para todos los actos administrativos que emita la administración pública en general. El Art. 2 de dicho decreto, establece el control de todo acto discrecional administrativo debe estar sometido al ordenamiento jurídico; mientras que el Art. 4 de dicho reglamento, habla de la motivación del acto administrativo; el inciso tres del Art. 4, señala que todos los actos administrativos deberán ser debidamente motivados y encuadrados en la legalidad. Hago notar que el mencionado reglamento en ningún momento menciona que los actos emitidos y ejecutados con desviación de poder serán considerados nulos de pleno derecho, el mismo se refiere a las directrices a través de las cuales deberá la administración pública poner en vigencia los diferentes actos administrativos y que los mismos tengan la plena validez legal, tales actos no deben ser emitidos ni ejecutados con desviación de poder, los mismos deberán estar encuadrados dentro del ordenamiento jurídico vigente.

4.3.4. DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO EN VÍA JURISDICCIONAL.

4.3.4.1. Generalidades.

La Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, fue publicada en el Registro Oficial No. 338 del 18 de Marzo de 1968, pero a través de los años ha sufrido varias reformas en los años 73, 75 y 2001. Dicho cuerpo legal es de gran importancia por cuanto constituye el arma legal adecuada a través de la

cual los administrados podemos interponer los recursos establecidos en dicha normativa e impugnar por vía judicial los actos administrativos que lesionen y vulneren preceptos constitucionales y legales establecidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Cabe señalar que la jurisdicción Contencioso Administrativa, esta ejercida por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, dicha facultad se estableció a través de la reforma a la Ley Orgánica de la Función Judicial, la misma fue publicada en el Registro Oficial No. S-201, del 25 de Noviembre de 1997. La impugnación en sede judicial procede a través del recurso contencioso administrativo, en sus dos clases, que son: de Plena Jurisdicción o Subjetivo; y, de Anulación Objetivo o exceso de poder.

4.3.4.2. De los Recursos en la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

El Art. 1 del cuerpo de leyes en mención establece el ámbito de aplicación, es decir como procede y cuales pueden accionar dicho recurso, el mismo establece lo siguiente:

Art. 1.- "El recurso contencioso -administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de

la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante"¹³².

La norma antes citada señala la naturaleza del recurso, quienes pueden interponer dicho recurso, y establece que pueden accionar las personas naturales o jurídicas, el mismo es admisible contra los actos, reglamentos y resoluciones de la Administración Pública, la norma señala que deben reunir dos características esto es, que el acto o resolución cause estado y que éste vulnere un derecho o interés directo del demandante.

4.3.4.2.1. Recurso de plena jurisdicción o subjetivo.

La interposición de este recurso lo establece el inciso segundo del Art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el mismo establece:

Inciso dos del Art. 3.- *“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”*¹³³.

De la norma citada se desprende que la pretensión de Plena jurisdicción permite no solo solicitar la anulación del acto administrativo que se estima inconforme con el ordenamiento, sino que además consiente el reconocimiento de una situación jurídica subjetiva por parte de la persona que la interpone, así

¹³² LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Ley 35 Registro Oficial 338 de 18-mar-1968 Última modificación: 28-dic-2001-Estado: Vigente.

¹³³ *Ibíd*em, Art. 3.

como la reparación integral de los daños y perjuicios que se le hubieren podido ocasionar con la actividad formal declarada ilegítima.

Al respecto el autor costarricense JINESTA LOBO, señala lo siguiente: “(...) *el recurso no solo se circunscribe a la anulación del acto, sino que comprende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para su pleno restablecimiento incluida la indemnización de daños y perjuicios cuando proceda*”.¹³⁴

De lo que señala el autor, se puede deducir que la finalidad de este recurso es solicitar la anulación del acto impugnado ante el órgano jurisdiccional, así como el reconocimiento del derecho declarado y que ha sido negado; es decir, procede en la defensa del derecho subjetivo cuando se considera que este derecho existente en la Ley, ha sido violado. La norma antes señalada es clara, el afectado por una resolución administrativa, deberá ser indemnizado de comprobarse que han sido vulnerados sus derechos fundamentales establecidos en la Constitución.

4.3.4.2.2. Recurso de anulación objetivo por exceso de poder.

El Recurso de Anulación u Objetivo conocido también por Exceso de Poder, es utilizado para impugnar una decisión administrativa de carácter general cuya

¹³⁴ JINESTA LOBO, Ernesto. (1999). La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Primera edición, San José, Editorial Guayacán, pág. 172.

finalidad principal es obtener la nulidad de la resolución pública, restableciendo la norma jurídica que fue afectada.

El inciso tercero del artículo 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone: *“El Recurso de Anulación, objetivo o por exceso de poder, tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo, y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando al Tribunal la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal”*¹³⁵.

Al respecto, la naturaleza del recurso contencioso de anulación u objetivo, es analizar únicamente la legalidad o ilegalidad del acto administrativo, mas no el derecho subjetivo del recurrente. El recurso objetivo de igual forma tiene competencia para en sentencia disponer la anulación de la resolución con efectos generales, es decir con la sentencia de anulabilidad se puede dejar sin efecto la vida jurídica del acto emanado de autoridad pública que está violando las disposiciones legales correspondientes, por lo cual urge la necesidad de incorporar el vicio de desviación de poder como un acto nulo de pleno derecho y el mismo pueda ser impugnado ante autoridad competente.

¹³⁵ LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Ley 35 Registro Oficial 338 de 18-mar-1968 Última modificación: 28-dic-2001-Estado: Vigente.

4.4. LEGISLACIÓN COMPARADA RESPECTO DEL VICIO DE DESVIACIÓN DE PODER.

4.4.1. URUGUAY.

En la legislación uruguaya, el Art. 309 de la Constitución de la República del Uruguay, señala que *“el acto administrativo es ilegítimo cuando ha sido dictado en forma contraria a una regla de Derecho, o con desviación de poder”*¹³⁶.

El autor JUAN PABLO CAJARVILLE PELUFFO cita el Decreto-Ley N° 15.524 de fecha 9 de Enero de 1984, del Código Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, Art. 23 literal a), donde señala que la ilegitimidad de los actos administrativo consiste en dictarlos *“con desviación, abuso o exceso de poder, o con violación de una regla de Derecho, considerándose tal, todo principio de Derecho o norma constitucional, legislativa, reglamentaria o contractual”*¹³⁷.

De acuerdo a las normas citadas, la desviación de poder en la legislación administrativa uruguaya, es considerada como una causal de nulidad de pleno derecho del acto administrativo. En este orden de ideas, el autor uruguayo antes mencionado, manifiesta lo siguiente: *“cuando un acto administrativo ha sido dictado por un órgano estatal contrariando una regla de Derecho o con desviación de poder, el acto administrativo es ilegítimo”*¹³⁸.

¹³⁶ CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “Sobre Derecho Administrativo”, Montevideo, F.C.U., 2007, T. II, pp. 213-214.

¹³⁷ *Ibíd*em, págs. 213-214.

¹³⁸ *Ibíd*em, págs. 213-214.

Además, la jurisprudencia uruguaya en la Sentencia Nº 140 de fecha 18 de Abril de 2007, ha dicho el Tribunal de lo Contencioso Administrativo:

“(...) el contralor jurisdiccional del fin, es un contralor de juridicidad, se extiende al campo abandonado a la discrecionalidad o arbitrio, que no es arbitrariedad de la Administración. Y la desviación de poder supone que el fin ilícito perseguido fue el único móvil o el móvil determinante o predominante de la actuación administrativa”¹³⁹.

Como se puede evidenciar, en la legislación uruguaya, la desviación de poder causa la nulidad absoluta del acto administrativo, es un vicio de nulidad de pleno derecho, no solo está en las leyes orgánicas, sino además está consagrado en la Constitución además de la jurisprudencia dictada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo uruguayo.

4.4.2. VENEZUELA.

El Art. 259 la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala cual es el órgano al cual corresponde la jurisdicción contenciosa administrativa, textualmente la norma establece:

“Art. 259 CRBV. Jurisdicción Contencioso–Administrativa: La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos

¹³⁹ Dr. CORREA FREITAS Rubén, El acto administrativo en el Derecho Positivo uruguayo, Revista Jurídica UCES.

de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”¹⁴⁰.

Analizando la norma constitucional citada, los funcionarios públicos no podrán extralimitarse en sus funciones a ellos encomendadas, es decir, existe un limitante impuesto por la finalidad de la ley, se incurre en el vicio de desviación de poder previsto en el Art. 259 de la Constitución cuando la Administración usa sus poderes con finalidades distintas a aquellas previstas por la norma.

Además de la Constitución, esta la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos en su Art.12 establece: *“el acto administrativo deberá cumplir con los fines de la norma, es decir, no podrá desviarse de esos fines”¹⁴¹*. Según la norma citada, existe un limitante para los funcionarios públicos venezolanos; esta limitación implica que la Administración o el funcionario no pueden en modo alguno salirse de los fines que con la norma legal se persiguen, aunque se encuentre en el ejercicio de las facultades discrecionales del poder público.

¹⁴⁰ ULLÓA ESTÉVES, Ricardo, Derecho Administrativo, Editorial Arte Profesional C:A:, Septiembre, Año 2009, Caracas, Venezuela.

¹⁴¹ Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de la República Bolivariana de Venezuela.

En este mismo orden de ideas, esta la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia en Sentencia de la Sala Político-Administrativa de fecha 6-3-95, caso: Ingrid Spiritto Vs. Consejo de la Judicatura, realiza una definición bastante completa de la figura desviación de poder, la cual consiste:

“(...) en la utilización de las potestades que le han sido atribuidas legalmente para fines distintos de los previstos por el ordenamiento jurídico, amparándose la Administración para actuar así precisamente, en un mal uso o en un abuso del margen de libertad o discrecionalidad que permite la norma, sin que ello trascienda a la apariencia externa del acto, el cual aparentemente luce adecuado a Derecho, correcto pero que, en realidad se encuentra viciado en su componente valorativo o volitivo” (Citado por Sentencia de la Sala Político-Administrativo de fecha 02-05-2000, Caso: Colegio Santiago León de Caracas. Pierre Tapia. Mayo de 2000: 261)¹⁴².

4.4.3. COLOMBIA.

El Contencioso Administrativo de la República de Colombia expresamente en el Art. 137 de dicho cuerpo legal, se establece las causales de nulidad de los actos administrativos que adolecen de vicios, por haber sido creados dichos actos administrativos sin el cumplimiento de los preceptos constitucionales y legales, a continuación transcribo la norma citada, la misma que establece:

¹⁴²ULLÓA ESTÉVES, Ricardo, Derecho Administrativo, Editorial Arte Profesional C:A., Septiembre, Año 2009, Caracas, Venezuela.

“Art. 137.- Nulidad.- *“Toda persona podrá solicitar por si, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.*

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió”¹⁴³.

La aplicación de la técnica de la desviación de poder supone, en primer lugar, un juicio sobre las intenciones de la Administración y no de sus servidores o funcionarios, para establecer si existió o no una voluntad que se aparta de las obligaciones de aquella.

La Jurisprudencia del Consejo de Estado Colombiana, en varias ocasiones se ha ocupado de la definición de la Desviación de poder como causal de anulación de los Actos Administrativos al señalar:

“Hay pues, ilegalidad de los fines del Acto, ilegalidad que se conoce con el nombre de Desviación del Poder, o abuso de autoridad, cuando las circunstancias que concurren revelan que el fin del acto que se persigue no es la satisfacción del interés público que es lo único que debe perseguirse por el agente administrativo, y no con un interés cualquiera,

¹⁴³ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, ley No. 1437, de 18 de enero 2011.

sino el interés concreto, que debe satisfacerse por medio de la competencia atribuida a cada funcionario"¹⁴⁴.

La legislación colombiana va más allá en la protección de los derechos de los administrados, para lo cual el Consejo de Estado en su propósito de encontrar elementos objetivos que permitan la protección del derecho colectivo a la moralidad administrativa en el caso concreto es la denominada "desviación de poder". Dicha institución jurídica guarda estrecha relación con el régimen de contratación estatal, específicamente con el numeral tercero del Art. 44 de la Ley 80 de 1993 donde se determina que *"la celebración con abuso o desviación de poder de un contrato del Estado es causal de nulidad absoluta del mismo"*¹⁴⁵.

Para terminar con el análisis de la desviación de poder en el derecho comparado, hare uso del criterio de los autores GARCÍA de ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ en su Curso de Derecho Administrativo manifiestan: *"el vicio de desviación de poder es un vicio de estricta legalidad. Lo que se controla a través de esta técnica es el cumplimiento del fin concreto que señala la norma habilitante y ese control se realiza mediante criterios jurídicos estrictos y no mediante reglas morales. Lo que está en juego, por*

¹⁴⁴ Sentencia Consejo de Estado. Octubre 5 de 1945, reproducida por Jorge Ortega Torres, p. 121.

¹⁴⁵ HOYOS DUQUE, Ricardo. La acción popular frente al contrato estatal. XIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Cali: septiembre de 2003. En: CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005. C.P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Radicación: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP).

*tanto, es la legalidad administrativa y no la moralidad del funcionario o de la propia Administración*¹⁴⁶.

En el Derecho Comparado, el acto administrativo que está viciado con desviación de poder s considerado de nulidad absoluta de pleno derecho, en este caso los administrados disponen de las armas jurídicas adecuadas para impugnar tales actuaciones administrativas. Muy importante es señalar que en la mayoría de países que he analizado esta figura, está consagrado en la Constitución que los actos de la administración pública que adolezcan del vicio de desviación de poder son considerados nulos o inexistentes.

En nuestra legislación, de acuerdo a los Arts. 95 y 130 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, se procede a convalidar actos que adolecen del vicio de desviación de poder, al tal hacerlo, existe una vulneración flagrante a lo estipulado en la Constitución de la República del Ecuador, en donde el Art. 75 de la Norma Suprema consagra la tutela judicial efectiva que debe brindar el Estado a los integrantes de la sociedad del Estado ecuatoriano. Razón suficiente para reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y de esta manera establecer que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder, sea considerado de nulidad absoluta y de pleno derecho.

¹⁴⁶ GARCÍA de ENTERRÍA, Eduardo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón, Curso de Derecho Administrativo.

5. MATERIALES Y MÉTODOS.

5.1. MÉTODOS.

El presente trabajo investigativo lo desarrolle en base al **Método Científico y sus consecuentes derivados: inductivo y deductivo.**

5.1.1. CIENTÍFICO.- Se constituyó en la clave para el desarrollo de la presente investigación, el mismo me permitió llegar a la verdad, ya que se levanta sobre la base de la problemática, sigue el camino de la duda sistemática; aprovecha la inducción y la deducción, en este caso, contiene las operaciones lógicas en general, mismas que las utilicé para ordenar, sistematizar y clasificar la conformación de la investigación con un estudio crítico y fundamentado.

5.1.2. INDUCTIVO.- Lo utilicé partiendo del análisis de la información recolectada, y la comparación de los referentes teóricos y doctrinarios sobre la cual pude levantar la problemática del tema a investigarse. Del contexto particular al general procedí al análisis y estudio del acto administrativo, los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos; y, las disposiciones legales contenidas en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y, la Constitución de la República del Ecuador.

5.1.3. DEDUCTIVO.- A través del mismo, partiendo del contexto general al particular, me ayudó a obtener toda la información general. De esta manera

pude arribar a los casos específicos planteados en el proyecto investigativo al realizar un estudio crítico y fundamentado del problema de investigación, doctrina y normas jurídicas; además, pude arribar a las conclusiones y recomendaciones. Lo más importante, pude precisar la necesidad de reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de esta manera establecer las reformas antes indicadas.

5.2. TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN.

Al hablar de técnicas de investigación, me refiero a la manera a través de la cual procedí a recolectar la información que utilicé para el desarrollo de la presente investigación. Hice uso de la **técnica de la Encuesta, la Entrevista, Fichas bibliográficas y nemotécnicas; también utilicé la red de internet** la misma que me sirvió para de investigar con respecto del vicio de desviación de poder en otras legislaciones de los diferentes países en lo que concierne al tema de investigación.

5.2.1. La técnica de la encuesta.- La misma la direccioné a jueces, abogados, empleados judiciales, funcionarios públicos y otros, en un número de treinta; a través de la misma pude obtener su criterio con respecto a la reforma de los Arts. 1, 3 y 59 de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al tal hacerlo, los administrados tengan las armas legales adecuadas para impugnar actos administrativos que adolezcan del vicio de desviación de poder.

5.2.2. La Técnica de la Entrevista.- Por lo relevante del tema que investigué, la dirigí a un Juez de lo Civil de la localidad y mediante la misma pude determinar su valiosa opinión referente al tema investigativo y si es factible la reforma planteada de los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; cabe señalar que a través de la misma pude tener un criterio amplio con respecto a la convalidación del acto administrativo viciado con desviación de poder, ya que como se encuentra planteado en la actualidad ocasiona perjuicios a los administrados; al efectuar la reforma antes señalada, los administrados tendrían las armas jurídicas adecuadas para poder impugnar tales actos viciados con desviación de poder.

5.2.3. Las fichas bibliográficas.- Las mismas me permitieron recopilar la información necesaria para el desarrollo de la presente investigación, en este aspecto, procedí a la consulta minuciosa de diferentes textos, revistas y folletos jurídicos relacionados al tema que fue objeto de la presente investigación.

5.2.3.1. Las fichas nemotécnicas.- Me permitió guardar información de respaldo de la información de los diferentes tratadistas, así como también de las diferentes instituciones jurídicas investigadas y enunciadas a lo largo del presente trabajo.

Finalmente como corolario de la presente investigación, toda la información recopilada, los resultados obtenidos mediante la encuesta y la entrevista, me permitió obtener las conclusiones y recomendaciones necesarias y de esta

manera poder colaborar con mi modesto aporte investigativo en las soluciones a la problemática jurídica planteada a lo largo del desarrollo del tema que se investigó.

6. RESULTADOS.

La encuesta la aplique a treinta personas, la direccione a jueces, abogados, empleados judiciales, funcionarios públicos y otros de la ciudad de Ambato. Fueron cinco preguntas sobre mi tema de investigación basada en los objetivos e hipótesis planteadas en el Proyecto.

6.1. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA ENCUESTA.

PRIMERA PREGUNTA:

1.- ¿Conoce Ud. sobre el acto administrativo y los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos?

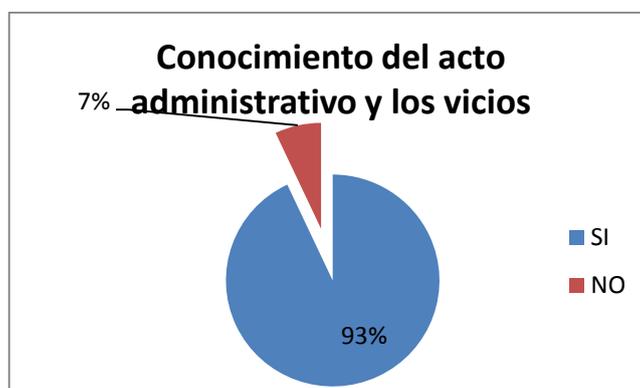
CUADRO ESTADÍSTICO No. 1.

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	28	93%
NO	2	7%
TOTAL	30	100%

Fuente: Jueces, Abogados, Empleados Judiciales, Funcionarios Públicos y otros (ciudad de Ambato).

Autor: Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera.

GRÁFICO No. 1



Interpretación.- De treinta personas encuestadas, veinte y ocho contestaron que si tenían conocimiento respecto del acto administrativo y de los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos, esto corresponde al 93%; mientras que dos personas contestaron que no tenían conocimiento de la normativa, esto corresponde al 7% de los encuestados.

Análisis.- Es muy importante que las personas a las cuales se les vaya a aplicar una encuesta conozcan del tema de investigación planteado, ya que ahí radica el éxito de un proyecto de investigación y el cumplimiento de los objetivos propuestos; en este caso y de acuerdo a la pregunta en análisis, la mayoría de la población encuestada si tiene conocimiento del acto administrativo y los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos.

Se puede evidenciar que en un porcentaje muy alto, que las personas encuestadas si tienen conocimiento de los vicios que adolecen los actos administrativos, los mismos que conllevan a que un acto administrativo sea declarado nulo de pleno derecho o el mismo de no adolecer de vicios de fondo al momento de la emisión pueda ser convalidado por autoridad competente.

SEGUNDA PREGUNTA:

¿Cree Ud. que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder deba ser convalidado por autoridad competente, aun si el acto administrativo haya sido emitido violando preceptos constitucionales y legales?

CUADRO ESTADÍSTICO No. 2.

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	2	7%
NO	28	93%
TOTAL	30	100%

Fuente: Jueces, Abogados, Empleados Judiciales, Funcionarios Públicos y otros (ciudad de Ambato).

Autor: Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera.

GRÁFICO No. 2



Interpretación.- De treinta personas encuestadas, dos contestaron que si se debe convalidar el acto viciado con desviación de poder, esto corresponde al

7%; mientras que veinte y ocho, contestaron que no, esto corresponde al 93% de los encuestados.

Análisis.- De acuerdo a lo manifestado por los encuestados, el 93% manifiestan que los actos administrativos que adolecen del vicio de desviación de poder, no deben ser susceptibles de convalidación, es decir, no deben ser subsanados. A lo largo del trabajo investigativo se pudo determinar que tales actos deben ser declarados de nulidad absoluta y de pleno derecho por atentar contra la seguridad y el ordenamiento jurídico imperante en nuestro país. En un porcentaje muy pequeño, esto es el 7% de los encuestados, a lo mejor por desconocimiento, manifiestan que si se debe convalidar un acto viciado de desviación de poder.

TERCERA PREGUNTA:

¿Considera Ud. que los actos administrativos que adolezcan del vicio de desviación de poder deban ser impugnados ante la jurisdicción Contencioso- Administrativa?

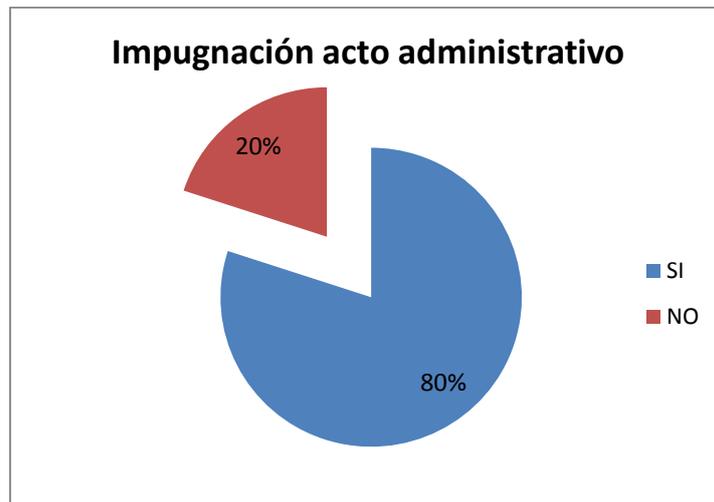
CUADRO ESTADÍSTICO No. 3.

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	24	80%
NO	6	20%
TOTAL	30	100%

Fuente: Jueces, Abogados, Empleados Judiciales, Funcionarios Públicos y otros (ciudad de Ambato).

Autor: Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera.

GRÁFICO No. 3



Interpretación.- De treinta personas encuestadas, veinte y cuatro contestaron que los actos administrativos que adolezcan del vicio de desviación de poder deben ser impugnados a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso

Administrativa, esto corresponde al 80%; mientras que seis personas contestaron que no, esto corresponde al 20% de los encuestados.

Análisis.- Impugnar es refutar, contradecir, u oponerse a un acto administrativo que está vulnerando derechos constitucionales de las personas sean naturales o jurídicas y que contravienen a la normativa legal aplicable. En este contexto, están las disposiciones de los Arts. 76 literal m y 173 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en dichos preceptos constitucionales y legales, se estipulan que los administrados tenemos derecho a impugnar y recurrir u determinado acto o fallo administrativo que afecten nuestros derechos fundamentales. De acuerdo a la pregunta efectuada, la gran mayoría de los encuestados contestaron que se deben impugnar actos de la administración pública que afecten derechos de los administrados, la Constitución establece que todos los administrados pueden recurrir a los órganos judiciales competentes sobre las resoluciones emitidas por la autoridad pública siempre que lesionen sus derechos, con el único objetivo de avalar un sistema tutelar de la legitimidad de toda resolución administrativa garantizando los derechos de los administrados ante el frecuente abuso de la administración pública.

CUARTA PREGUNTA:

¿Cree Ud. que los actos administrativos emitidos y ejecutados con el vicio de desviación de poder violan derechos fundamentales de los administrados?

CUADRO ESTADÍSTICO No. 4.

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	27	90%
NO	3	10%
TOTAL	30	100%

Fuente: Jueces, Abogados, Empleados Judiciales, Funcionarios Públicos y otros (ciudad de Ambato).
Autor: Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera.

GRÁFICO No. 4



Interpretación.- De treinta personas encuestadas, veinte y siete contestaron que si, esto corresponde al 90%; mientras que tres personas contestaron que no, esto corresponde al 10% de los encuestados.

Análisis.- El acto administrativo al momento de su emisión debe ser fundamentado y motivado tanto en los preceptos constitucionales y legales, es muy importante ya que de lo contrario se corre el riesgo que al momento de ser ejecutados se violenten los derechos constitucionales de los administrados. Dentro de este apartado un alto porcentaje de la población encuestada manifiesta que el acto administrativo emitido y ejecutado con el vicio de desviación de poder si lesionan derechos fundamentales de los administrados; en este aspecto, considero que todo acto administrativo deberá ser motivado y fundamentado en las normas constitucionales y legales para que surtan los efectos jurídicos necesarios en beneficio del bien común.

No se olvidar que la Constitución de la República del Ecuador establece derechos prestacionales relacionados con los servicios que debemos recibir por parte del Estado; y, subjetivos inherentes a la persona humana. El principio de supremacía constitucional, constituye una eficiente protección de la libertad y dignidad de las personas, cuyos lineamientos se encuentran expresados en la Norma Suprema, la misma que establece que todas las funciones estatales deben cumplir con lo estipulado en sus preceptos constitucionales, al respecto cabe señalar que la parte dogmática considera como normas y principios supremos la defensa de los derechos y libertades de los individuos dotándoles de supremacía respectiva de conformidad al orden jerárquico que ha sido creado.

QUINTA PREGUNTA:

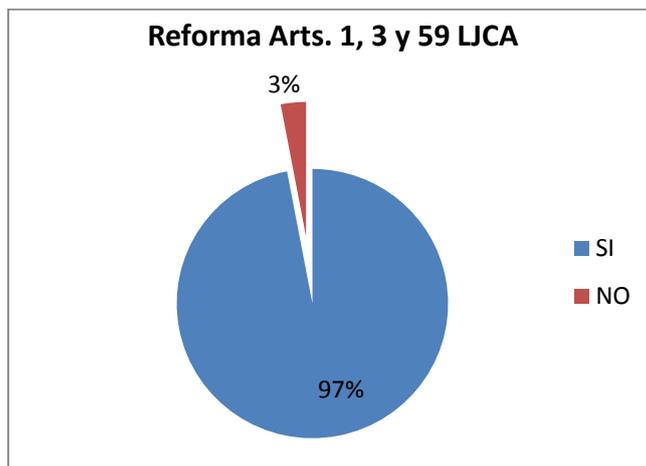
¿Considera Ud. que deben reformarse los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante la cual se establezca que los actos administrativos que adolezcan del vicio de “desviación de poder” sean considerados nulos de pleno derecho y los mismos puedan ser impugnados por el administrado?

CUADRO ESTADÍSTICO No. 5.

INDICADORES	FRECUENCIA	PORCENTAJE
SI	29	97%
NO	1	3%
TOTAL	30	100%

Fuente: Jueces, Abogados, Empleados Judiciales, Funcionarios Públicos y otros (ciudad de Ambato).
Autor: Néstor Abraham Fonseca Peñaherrera.

GRÁFICO No. 5



Interpretación.- De treinta personas encuestadas, veinte y nueve contestaron que si se debe reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, esto corresponde al 97%; mientras que una

persona manifestó que no, esto corresponde al 3% de los encuestados.

Análisis.- A través del análisis de los resultados obtenidos por medio de la encuesta de la pregunta en análisis, podemos evidenciar que la mayoría de la población, es decir 97% manifiesta que se deben reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, es decir, a través de las respuestas de los encuestados, se contrasta positivamente la hipótesis y los objetivos específicos planteados a través de la presente investigación. Solamente un porcentaje muy pequeño, esto es el 3% de la población encuestada no está de acuerdo en la reforma, es muy importante esta pregunta ya que concuerda con los objetivos e hipótesis planteados al inicio de nuestra investigación.

6.1.2. RESULTADOS DE LA ENTREVISTA

La Técnica de la Entrevista por lo relevante del tema que investigué, la direccioné a un Juez de lo Civil de la localidad y mediante la misma pude conocer su valiosa opinión con respecto al tema de investigación planteado y sus posibles reformas a los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y cuanto afecta la convalidación del acto administrativo viciado con desviación de poder así como se encuentra planteado en la actualidad con el consiguiente perjuicio para los administrados; ya que dicho acto viciado no puede ser impugnado ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Cabe señalar que de acuerdo a los criterios vertidos por el entrevistado, me permitió verificar los objetivos y contrastar la hipótesis que se planteo al inicio del trabajo investigativo.

6.1.2.1. CUESTIONARIO DE ENTREVISTA AL JUÉZ DE LO CIVIL DE TUNGURAHUA.

1.- ¿Cómo Juez de lo Civil, qué opinión le merece el contenido del acto administrativo y los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos?

“Con respecto a esta inquietud, es necesario aclarar que la Administración Pública debe asumirse como la actividad tendiente a satisfacer necesidades

de interés general, mediante la prestación de servicios públicos de una manera eficiente y expedita de manera que se cumpla con el mandato constitucional, a este respecto; dentro de las funciones de la Función Pública, tenemos la emisión del acto administrativo, el mismo que es facultativo solo de la Administración Pública. En lo que respecta al contenido del acto administrativo, no debemos olvidar que la administración pública para emitir un acto administrativo la ley establece trámites y formalidades que deben cumplirse antes de su ejecución, el incumplimiento de los requisitos constitucionales y legales vician el acto administrativo y por ende la puesta en vigencia vulneran los derechos fundamentales de los administrados.

A este respecto, el Art. 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, se encuentra el acto viciado con desviación de poder, considero que este tipo de actuación administrativa no debe ser susceptible de convalidación ya que es emitido y ejecutado sin cumplir con los requisitos necesarios para el acto tenga la plena validez y sea ejecutado por la administración pública”.

ANÁLISIS:

Analizando la respuesta de nuestro entrevistado, el mismo manifiesta que la actuación administrativa debe estar encaminada a la satisfacción del bien común así como lo dispone la Constitución y la Ley; en este aspecto consideramos que los actos administrativos deben estar apegados a derecho y su emisión y ejecución no deben vulnerar derechos fundamentales de los

administrados. De lo manifestado por el entrevistado, concuerdo que los vicios del acto administrativo conllevan a la nulidad absoluta o relativa de los mismos emitidos y ejecutados violando los más elementales preceptos constitucionales y legales. En este contexto, la Administración Pública debería cumplir su finalidad cual es la de servicio a la sociedad y el cumplimiento del bien común establecido por mandato constitucional; actos viciados con desviación de poder no deben ser subsanados o convalidados ya que son emitidos sin cumplir con todos los requisitos establecidos para el efecto.

2.- ¿Cree Ud. que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder deba ser convalidado por autoridad competente, aun si el acto administrativo haya sido emitido violando preceptos constitucionales y legales?

“En primer lugar el vicio de desviación de poder constituye un vicio de tipo subjetivo; la desviación de poder es vicio que afecta al fin o a la finalidad del acto administrativo. Cabe recordar que los poderes administrativos son funcionales, otorgados por el ordenamiento para un fin específico, que es una condición más de su legalidad; cuando la Administración se aparta de este fin que expresa o tácitamente le asigna la norma, se dice que ha incurrido en desviación de poder que no es otra cosa que al tal hacerlo el funcionario o autoridad pública que lo emitió o bien tiene una finalidad personal, o la de beneficiar a un tercero, o en último de los casos beneficiar a la propia administración. En consecuencia deduzco que el vicio de la desviación de

poder, tiene como efecto la nulidad del acto, y por ende no puede ser subsanado o convalidado, ya que no cumple con el principio de legalidad de la actividad administrativa”.

ANÁLISIS:

De la forma cómo interpreta y contesto a la tercera pregunta el entrevistado, el vicio de desviación de poder constituye de tipo subjetivo, en este caso se podría llamar vicio de la voluntad del funcionario o autoridad pública; en este caso el acto administrativo emitido y ejecutado no cumple la finalidad para el cual fue emitido, sino que como lo menciona nuestro entrevistado propende la finalidad personal, de un tercero o de la misma administración. Al convalidar el acto administrativo viciado con desviación de poder, la administración pública se aparta de la finalidad de sus funciones y viola los más elementales principios constitucionales ya que la Constitución en su parte dogmática señala que el Estado ecuatoriano constituye de derechos y justicia social.

3.- ¿Cree Ud. que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder perjudique y viole derechos fundamentales del administrado?

“Los derechos fundamentales de los integrantes de la sociedad están consagrados en la Constitución de la República del Ecuador; en nuestro país, el control constitucional tiene por objeto, asegurar la eficacia de los derechos

consagrados en las diferentes normas constitucionales, en especial los derechos y garantías, como un conjunto de características creadas a favor de los administrados. Es un instrumento de protección del individuo con sus derechos y garantías, es por ello que todas las resoluciones como los actos administrativos emanados de autoridad pública que violenten tales derechos deben ser recurridos ya que si no se consagra este derecho efectivamente se violan los más elementales derechos de los administrados”.

ANÁLISIS:

En este caso considero que el entrevistado sostiene que si se vulneran derechos fundamentales de los administrados al emitir y ejecutar un acto administrativo viciado con desviación de poder, en el caso que un acto administrativo vulnere derechos, nuestro ordenamiento jurídico establece la legitimación activa que tiene el administrado por sus propios y personales derechos, para reclamar ante los órganos correspondientes, con la finalidad de proteger y resguardar los derechos propios e individuales que han sido vulnerados; dicha legitimación activa está estipulada en el Art. 48 de la Ley de Control Constitucional.

4.- ¿Considera Ud. que deben reformarse los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante la cual se establezca que los actos administrativos que adolezcan del vicio de “desviación de poder” sean considerados nulos de pleno derecho y los mismos puedan ser impugnados por el administrado?

“Dentro de esta pregunta el Art. 94 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, enumera los actos que no pueden ser convalidados, y todos ellos se resumen en el fundamento que el acto ilegítimo está contrario a la Constitución y la Ley; pero, el Art. 95 del cuerpo de leyes en mención señala que excepto los actos determinados en el Art. 94 pueden ser convalidados incluso los de desviación de poder. La desviación de poder se presenta cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la Ley, es decir, el acto no es legal, por cuanto no se ha sumido a lo establecido en la ley, entonces el acto es inexistente, por lo que no se puede pensar que pueda ser convalidado, es por esta razón que se debería reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para que la sociedad tenga las armas jurídicas adecuadas y pueda luchar contra este tipo de abusos del poder”.

ANÁLISIS:

A mi última inquietud y en su larga apreciación y análisis a la pregunta cuarta, encontramos que efectivamente existe una marcada contradicción entre el Art. 94 y 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, mientras que el Art. 94 determina cuales son los actos que no pueden ser convalidados y acarrear nulidad de pleno derecho, el Art. 95 establece los actos administrativos que pueden ser subsanados y convalidados, entre los mismos tenemos los actos viciados con desviación de poder, al tal hacerlo, la Administración Pública atenta contra la seguridad jurídica establecida y más que todo no cumple con la tutela judicial efectiva que

propugna la Constitución, ya que la misma administración está atentando y violando derechos fundamentales de los administrados.

Al respecto debo manifestar que los actos emitidos y ejecutados con desviación de poder no gozan de la presunción de legitimidad, ya que no guardan concordancia con los elementos esenciales del acto administrativo como la competencia, objeto, voluntad, forma, motivación, notificación, razón por la cual el señor Juez de lo Civil entrevistado considera que se debe reformar dichos artículos y establecer el vicio de desviación de poder como un acto no convalidante y que sea declarado nulo de pleno derecho y tales actos puedan ser impugnados, tutelando de esta manera por parte del Estado los derechos fundamentales de los administrados como lo dispone la Constitución.

6.2. ESTUDIO DE CASOS.

6.2.1. CASO NÚMERO UNO.

RESOLUCION No. 47-2011¹⁴⁷

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO.- Quito, a **2 de marzo de 2011**; las 16h00 VISTOS: (29-08)

El doctor **N.N.** comparece a contradecir la resolución tomada por el Pleno del

¹⁴⁷FUENTE:https://www.google.com.ec/search?hl=es419&source=hp&q=CORTE+NACIONAL+DE+JUSTICIA+SALA+DE+LO+CONTENCIOSO+ADMINISTRATIVO+DESVIACION+DE+PODER&gbv=2&oq=CORTE+NACIONAL+DE+JUSTICIA+SALA+DE+LO+CONTENCIOSO+ADMINISTRATIVO+DESVIACION+DE+PODER&gs_l=heirloomhp.3...16203.23906.0.24422.21.1.0.20.20.0.516.516.5-1.1.0...0...1ac.1.34.heirloom-hp..20.1.516.lj5wF0Nsu48. Consulta efectuada el día 03 de Diciembre de 2014 a las 16:04 pm.

Consejo Nacional de la Judicatura el 1 de noviembre de 2007, **la cual modifica la sanción de destitución impuesta al servidor judicial, doctor A.A**, por la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, el 16 de agosto de 2007, **sustituyéndola por la de remoción de sus funciones**. **La pretensión del indicado doctor N.N.** se encamina a que, en sentencia, se declare la nulidad del acto administrativo impugnado y se le **restituya al cargo de Delegado Distrital de Pichincha del Consejo Nacional de la Judicatura**.- En su oportunidad procesal, esta Sala avocó conocimiento del caso y encontrándose la misma en estado de resolver, una vez que se agotó el trámite previsto en las disposiciones antes invocadas y, en vista de que no existe nulidad alguna que declarar, para resolver, considera: **PRIMERO.- Es presupuesto primario e ineludible atinente al ámbito jurisdiccional, que la competencia del juez se halle establecida de modo irrefragable**, pues, en virtud de ella se asigna a determinada autoridad el conocimiento y resolución de un asunto. Ese es uno de los **presupuestos, tanto en el proceso civil como en el administrativo**, que debe estar satisfecho para que el juzgador pueda entrar a resolver el fondo de la acción; su carácter es restrictivo, de literal observancia, que rechaza per se cualquier sentido o extensión analógica, a fin de que la exacta fijación de funciones no se desnaturalice con un improcedente arbitrio judicial.- **De conformidad con la resolución generalmente obligatoria expedida por la Corte Suprema de Justicia el 23 de marzo de 2000, publicada en el Registro Oficial número 45, de martes 28 de marzo de 2000, esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia se declara competente para conocer y resolver**

la presente causa.- SEGUNDO.- El proceso administrativo se inicia en virtud del Oficio número 1667- SG-SLL-2006, remitido el 23 de agosto de 2006, al doctor .B.B, Presidente de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, por la doctora Isabel Garrido Cisneros, Secretaria General (e) de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual llega a conocimiento que, habiéndose ordenado, mediante oficio número 315-CNJ-CRH-ST de fecha 13 de julio de 2006, que el doctor C.C, en su calidad de Delegado Distrital de Pichincha, remita el informe de la investigación oficial ordenada dentro del expediente administrativo número 177-06-JC, seguido en contra del abogado B.B, Presidente de la FENAJE, por presuntamente haber incurrido en falta disciplinaria, al encontrarse involucrado en actividades políticas; remite el informe solicitado por la Presidencia de la Comisión de Quejas; recién con fecha 16 de agosto de 2006, con un contenido que es totalmente ajeno a la verdad, culmina exponiendo el fallo de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura.- El funcionario acusado, por su parte alega que con fecha 16 de agosto de 2006 presentó el informe solicitado dentro del expediente administrativo número 177-06-JC, al mismo que adjuntó como documentos de soporte los oficios números 0001130 y 185-DOP-TSE-2006 emitidos por el Tribunal Supremo Electoral, con fechas 26 y 27 de julio de 2006, en los que se señala que el abogado Luis Muñoz Pasquel, no figuraba como directivo, o candidato para ocupar dignidad nombrada por votación popular, auspiciado por el Movimiento Político “Causa Justa”; que el 28 de agosto de 2006 presentó alcance al dicho informe, por cuanto a partir del 23 de agosto de 2006, el

Abogado N.N fue legalmente calificado por el Tribunal Supremo Electoral y Tribunal Provincial Electoral de Pichincha, como primer candidato a la diputación por Pichincha.- **El organismo sancionador, en la resolución impugnada expone que dentro del sumario administrativo número 177-2006-JC, mediante providencia de 13 de julio de 2006, la doctora D.D, Presidenta (e) de la Comisión de Quejas, dispuso que el doctor Jaime Lastra, en el término de 10 días, realice investigación y remita el informe correspondiente con respecto a la actividad política del abogado C.C, sin embargo de lo cual el doctor N.N, habiendo sido notificado con dicha providencia, el 17 de julio de 2006, incumplió dicha disposición, al presentar el informe solicitado de forma tardía, (30 días después) según la resolución de la Comisión de Quejas; además de ser inoportuno dicho informe no posee la certeza requerida, por cuanto a esa fecha era de conocimiento público, que el abogado N.N se encontraba realizando actos políticos, previa la inscripción de su candidatura, lo cual, a decir de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura, evidencian que existió por parte del servidor judicial sumariado, falta de probidad e idoneidad en el ejercicio de sus funciones, al limitar la actividad investigativa a una sola fuente de información.**

TERCERO.- De los antecedentes expuestos se aprecia que los fundamentos de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Nacional de la Judicatura para instaurar el expediente administrativo contra el doctor Jaime Lastra Narváez fue la falta de probidad e idoneidad en el ejercicio de sus funciones al limitar la actividad investigativa a una sola fuente de información. CUARTO: Dentro de la respectiva estación probatoria

que se abrió en esta Sala, **se evacuaron tan solo pruebas testimoniales**, las cuales no aportan en nada a desvirtuar los argumentos de la resolución impugnada por cuanto muchas de las preguntas fueron **calificadas, por los declarantes, como inconstitucionales**, facultad esta concedida por el legislador únicamente al juzgador que se encuentra investido de la competencia legal para conocer y resolver una contradicción, **mas no al deponente como ha ocurrido en el caso que nos ocupa, lo cual enerva la prueba de los sancionadores. QUINTO.-** La facultad del Consejo Nacional de la Judicatura de imponer sanciones administrativas de orden disciplinario, por medio de la Comisión de Recursos Humanos, **abarca las posibilidades de amonestación escrita, multa, suspensión de funciones sin remuneración, remoción y destitución de los funcionarios** y demás empleados judiciales, según lo determina la letra f) del artículo 17 de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura. Esta Sala como lo ha analizado en varios fallos, hace la siguiente estimación relativa a esa facultad sancionadora, la cual tiene que ser consecuente y armónica con lo establecido en el **numeral 3 del artículo 24 de la Constitución Política de la República (año 98)**, que dispone: “Las leyes establecerán la debida proporcionalidad, entre las infracciones y sanciones..” Con fundamento en el denominado principio de proporcionalidad de las penas, todo orden jurídico democrático preceptúa que las medidas o sanciones adoptadas dentro de cualquier procedimiento judicial o administrativo deben ser proporcionales a los hechos o actos establecidos como infracciones. De esta forma, la responsabilidad administrativa se gradúa de acuerdo con la falta cometida y no solo cumple una acción

represiva, por lo coercitivo de la sanción, sino también preventiva, pues, **conocida la consecuencia de la probable desviación de poder**, reduce la posibilidad de que otros funcionarios incurran en faltas. En este sentido el referido principio de proporcionalidad constituye una exigencia para la Administración, ya que, para fijar una sanción entre dos límites, mínimo y máximo, se deberá apreciar previamente la situación fáctica y atender al fin perseguido por la norma. En la especie analizada, se ha determinado que las actuaciones del doctor N.N, Delegado Distrital de Pichincha del Consejo Nacional de la Judicatura, configuran una falta administrativa acaecida en su momento procesal, por el incumplimiento de los deberes y obligaciones propios del delegado; **sin embargo, la sanción impuesta no guarda proporción con la falta administrativa cometida por cuanto esto lleva a concluir que existe una desproporción en la sanción impuesta al actor**, lo que estaría en contraposición con el artículo 24, número 3, de la Constitución Política (año 98) y con el artículo 17, letra f), de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, cuerpos jurídicos que consagran el principio de la proporcionalidad de la pena o sanción; debiéndose **tomar en consideración que el ex Delegado de Pichincha del Consejo Nacional de la Judicatura ha permanecido separado de sus funciones por más de tres años, esto es, desde el 1 de noviembre de 2007 hasta la presente fecha**, lo cual, de por sí, constituiría sanción a la trasgresión de alguna disposición disciplinaria. En consecuencia **esta desproporción en la sanción establecida por el Consejo Nacional de la Judicatura impuesta al actor, constituiría una violación de la ley, lo cual afectaría a la legalidad del acto administrativo**.

No se ha demostrado, además, la periodicidad o reincidencia que exige la Ley, en el incumplimiento del que se acusa al doctor Lastra, para imponer la máxima sanción. No ha lugar a que el actor pueda percibir las remuneraciones dejadas de recibir durante el tiempo que estuvo separado de su cargo, considerando que esta sentencia constituye una forma de reparación al derecho lesionado mas no una declaratoria de nulidad del acto administrativo emanado del Consejo Nacional de la Judicatura. El cual, per se goza de presunción de legalidad por ser de carácter regular. Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se declara ilegal, en los términos de esta resolución, el acto administrativo impugnado, que se encuentra contenido en la Resolución adoptada por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura de 1 de noviembre de 2007, mediante el cual se remueve de sus funciones al Delegado de Pichincha del Consejo Nacional de la Judicatura. En consecuencia, se dispone que éste sea restituido al cargo que desempeñaba o a otro de similar jerarquía. Por renuncia del Juez Nacional titular, doctor A.A, actúa el doctor B.B, Conjuez Permanente, de conformidad con el oficio No. 213-SG-SLL.2011, de 02 de febrero de 2011 suscrito por el Dr. B.B, Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Notifíquese, publíquese y devuélvase.

Dr. N.N.
JUEZ DE LA CORTE NACIONAL

Dr. A.A.

JUEZ DE LA CORTE NACIONAL

Dr. B.B.

CONJUEZ DE LA CORTE NACIONAL

Certifico:
Dra. N.N.
SECRETARIA RELATORA

Nota: el subrayado y las negrillas son mías.

COMENTARIO:

El 2 de Marzo del 2011, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, emite el fallo favorable al actor, el mismo que impugna la resolución tomada por el Pleno del Consejo Nacional de la Judicatura el 1 de noviembre de 2007, en la misma se cambia la figura de destitución por remoción al cargo que el actor venía desempeñando en el Consejo de la Judicatura; cabe señalar que el recurrente era empleado judicial en este contexto, la pretensión del actor es se declare la nulidad del acto administrativo impugnado y se le restituya al cargo de Delegado Distrital de Pichincha del Consejo Nacional de la Judicatura.

En el Considerando PRIMERO de la resolución, la Corte Nacional de Justicia argumenta respecto de la competencia que tiene para resolver estos casos sometidos a su conocimiento. El numeral QUINTO considerado es el más importante de la resolución, en el mismo está el argumento para que la Corte deje sin efecto el acto administrativo impugnado, principalmente está relacionado con la proporcionalidad de la sanción impuesta en este caso al recurrente, tomando de referencia el numeral 3 del Art. 24 de la Constitución del año 98, el mismo que se refiere a la proporcionalidad de entre las infracciones y sanciones al señalar "***De esta forma, la responsabilidad***

administrativa se gradúa de acuerdo con la falta cometida y no solo cumple una acción represiva, por lo coercitivo de la sanción, sino también preventiva, pues, conocida la consecuencia de la probable desviación de poder, reduce la posibilidad de que otros funcionarios incurran en faltas".

La Corte Nacional de acuerdo al párrafo anterior, considera una probable desviación de poder en la cual incurrió el Consejo de la Judicatura de ese entonces, lo que considera la Corte para emitir el fallo que la sanción impuesta al actor, estaría en contraposición con el artículo 24, número 3, de la Constitución Política (año 98) y con el artículo 17, letra f), de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Judicatura, por lo cual se declara ilegal el acto administrativo emitido por el Consejo de la Judicatura y en sentencia ordena que sea restituido el funcionario destituido por estar la sanción desproporcionada y en contraposición a la Constitución del 98, Carta Fundamental invocada al momento que se inicio el proceso analizado.

De acuerdo a la Constitución actual, debemos recordar que el acto administrativo debe ser motivado de acuerdo a los preceptos constitucionales del Art. 76, literal I, el mismo textualmente manifiesta lo siguiente:

Art. 76; literal I.- Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas

o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho¹⁴⁸.

De acuerdo a la norma constitucional antes citada, la motivación en la emisión del acto administrativo debe fundarse en la legalidad, al tal hacerlo se está cumpliendo lo estipulado en la Constitución y no se violan derechos constitucionales de los administrados al emitir y ejecutar actos administrativos viciados con desviación de poder.

6.2.2. CASO NÚMERO DOS.

Sentencia tomada de la fuente:

http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_268_esp.pdf, fecha de la consulta el día 12 de Junio de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, SENTENCIA DE 23 DE AGOSTO DE 2013¹⁴⁹

INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

A. ANTECEDENTES:

El 2 de Agosto de 2011, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 51 y 61 de la Convención Americana, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “la Comisión Interamericana” o “la Comisión”) sometió a

¹⁴⁸ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Año 2008, Publicada en el Registro Oficial Suplemento.

¹⁴⁹ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del Ecuador, QUINTANA COELLO Y OTROS VS. ECUADOR, Sentencia de 23 de Agosto del Año 2013, Sentencia tomada de la fuente: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_268_esp.pdf, fecha de la consulta el día 12 de Junio de 2014.

la jurisdicción de la Corte Interamericana (en adelante “escrito de sometimiento”), el caso N.N y otros contra la República de Ecuador (en adelante “el Estado” o “Ecuador”), relacionado con “la presunta remoción arbitraria de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador mediante resolución parlamentaria de 8 de diciembre de 2004, en alegada ausencia de un marco legal claro que regulara las causales y procedimientos de separación de su cargo, y en presunto desconocimiento de las normas constitucionales en virtud de las cuales fueron nombrados en cuanto al carácter indefinido de su designación y el sistema de cooptación como forma de llenar posibles vacantes”. Asimismo, según la Comisión, “las víctimas no contaron con garantías mínimas de debido proceso, no fueron escuchados ni tuvieron oportunidad de defenderse” y “tampoco tuvieron a su disposición un recurso judicial efectivo que les ampara se frente al actuar arbitrario del Congreso Nacional”.

CONCLUSIONES:

C1. La Comisión concluyó que el Estado de Ecuador era responsable por la violación de los Arts. 8, 9 y 25 de la Convención Americana, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, en perjuicio de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia el 8 de Diciembre de 2004. Al respecto, la Corte considera necesario presentar los antecedentes que precedieron dichos hechos.

C2. Recomendaciones. – En consecuencia, la Comisión presentó al Estado una serie de recomendaciones:

Recomendación 1. “Reincorporar a las víctimas, si así lo desean, al Poder Judicial, en un cargo similar al que desempeñaban, con la misma remuneración, beneficios sociales y rango equiparables a los que les correspondería el día de hoy si no hubieran sido cesados. Si por razones fundadas no es posible la reincorporación, el Estado deberá pagar una indemnización razonable a las víctimas o sus causahabientes de ser el caso.

Recomendación 2. Pagar a las víctimas los salarios y beneficios laborales y/o sociales dejados de percibir desde el momento en que fueron cesados hasta que se efectivice su reincorporación o el pago de la indemnización alternativa contemplada en la recomendación anterior.

Recomendación 3. Adoptar medidas de no repetición, incluyendo las medidas necesarias para que la normativa interna y la práctica relevante obedezcan a criterios claros y aseguren garantías en la designación, permanencia y remoción de jueces y juezas, conforme a las normas establecidas en la Convención Americana”.

CONSIDERANDOS PARA LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA:

VOTO CONCURRENTES Y ARGUMENTOS DEL JUEZ N.N A LA SENTENCIA HUMANOS DE 23 DE AGOSTO DE 2013.

ACÁPITES:

1. El presente caso pone de relieve la importancia de uno de los principios definitorios del Estado constitucional y democrático de derecho, como es el de la independencia de los jueces. En términos generales, puede iniciarse afirmando que un juez es independiente si toma sus decisiones basado solamente en el caso, sin estar influido por consideraciones particulares relativas a las partes que no resulten relevantes para el asunto concreto, y si decide libre de consideraciones relacionadas con su propio interés o con intereses de la persona o cuerpo que lo nombró.

88. Por otra parte, cabe resaltar que la Corte IDH concluyó que los hechos ocurridos constituían un “abuso de poder”. En efecto, en el párrafo 177 de la Sentencia se indicó que:

Teniendo en cuenta lo anterior, la resolución en virtud de la cual se acordó el cese de los magistrados fue el resultado de una alianza política, la cual tenía como fin crear una Corte afín a la mayoría política existente en dicho momento e impedir procesos penales contra el Presidente en funciones y un ex presidente. **La Corte ha comprobado que la resolución del Congreso no fue adoptada en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que la misma perseguía un fin completamente distinto y relacionado con un abuso de poder.** Ejemplo de ello es que la convocatoria a las sesiones

del Congreso no mencionaba la inminente posibilidad de cesar a los magistrados. Por ello, la Corte resalta que estos elementos permiten afirmar que es inaceptable un cese masivo y arbitrario de jueces por el impacto negativo que ello tiene en la independencia judicial en su faceta institucional. (Subrayado añadido).

89. Desde mi perspectiva, la diferencia entre este caso y el caso del Tribunal Constitucional N.N y otros Vs. Ecuador se centra en que el Congreso Nacional no era competente para cesar a los magistrados de la Corte Suprema, mientras sí lo era para realizar juicios políticos en contra de los vocales del Tribunal Constitucional. **Dicha falta de competencia para sancionar, en principio, hacía innecesario que en el presente caso se declarara la existencia de una sanción implícita y de una desviación de poder** Por esta razón mi voto en el presente caso es concurrente y no disidente.

90. La desviación de poder implica una extralimitación en una función asignada a un agente estatal. Se trata de una figura que exige que la autoridad tenga la facultad o competencia para tomar la decisión respectiva. En el presente caso el Congreso no tenía competencia para cesar a los magistrados de la Corte Suprema. Al no existir una competencia para sancionar, encuentro razonable que no se estime oportuno en la Sentencia indagar a profundidad en si existía una sanción implícita en el presente caso.

91. Por otra parte, la declaración de falta de competencia por parte del Congreso fue un factor que se consideró para que la Corte IDH no entrara al análisis del carácter sancionatorio de la decisión, lo cual constituía un elemento para determinar si era posible analizar los hechos a la luz del artículo 9 de la Convención Americana que, en efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Interamericano, aplica también en procesos sancionatorios.

Nota: Lo subrayado y las negrillas son mías.

COMENTARIO:

Dentro de los argumentos del juez N.N para emitir la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Corte Suprema de Justicia en el caso A.A y otros vs. Ecuador, de 23 de agosto de 2013, el Juez antes mencionado en su argumentación para emitir su voto, en primer lugar en el acápite uno hace alusión a la independencia que debe existir entre los poderes del Estado ecuatoriano, en este caso de la Función Judicial, la misma debe ser totalmente independiente de injerencias políticas por así establecerlo el Art. 168, numeral 2 de la Carta Fundamental al señalar como uno de los principios la autonomía de la Función Judicial, textualmente la norma constitucional señala lo siguiente:

Art. 168, numeral 2. La Función Judicial gozará de autonomía administrativa, económica y financiera.

En el acápite 88, el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considera que dentro de las acciones de destitución de los miembros de la Corte suprema de Justicia de ese entonces existió abuso de autoridad al mencionar que la Corte ha comprobado que la resolución del Congreso no fue adoptada en virtud de la exclusiva valoración de unos datos fácticos concretos y con el fin de dar debido cumplimiento a la legislación vigente, sino que la misma perseguía un fin completamente distinto y relacionado con un abuso de poder. En este contexto, tenemos lo señalado por el inciso uno del Art. 424 de la Constitución, al manifestar:

Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

De acuerdo al mandato constitucional antes indicado, la destitución de los Magistrados de la Corte suprema de Justicia de ese entonces consideramos que fue una acción inconstitucional, es aquí donde se configura el abuso de poder manifestado en los argumentos de la resolución para la sentencia a favor de los Magistrados destituidos.

En lo que concierne a la desviación de poder en la cual incurrieron los Legisladores de ese entonces para destituir a los miembros de la Corte

Suprema de Justicia, el Juez N.N, manifiesta que **“la desviación de poder implica una extralimitación en una función asignada a un agente estatal. Se trata de una figura que exige que la autoridad tenga la facultad o competencia para tomar la decisión respectiva”**.

De lo manifestado por el Juez de la Corte, claramente se puede observar que al momento que el Congreso tomo la resolución de destituir a los Magistrados, se extralimito en sus funciones ya que no tenía competencia para hacerlo, claramente podemos señalar que se incurrió en el vicio de desviación de poder al dictar y ejecutar un acto contrario a los preceptos constitucionales y legales. En este contexto podemos citar el Art. 76, literal I, la norma constitucional señala que para emitir y ejecutar un acto administrativo, las resoluciones deberán ser motivadas en derecho y apego a la Constitución y a la Ley.

Art. 76; literal I.- Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho¹⁵⁰.

6.2.3. CASO NÚMERO TRES.

MULTA Y PRESUPUESTO EN EL MUNICIPIO DE QUITO; Artículo tomado de la página: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/multa-y-presupuesto-598003.html>, fecha de la consulta el día 12 de Junio del 2014.

¹⁵⁰ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Año 2008, Publicada en el Registro Oficial Suplemento.

Publicado el 01/Enero/2014 | 00:51 por N.N.

Las necesidades son ilimitadas pero, como se sabe, lamentablemente los ingresos son restringidos. Ello nos obliga a todos a determinar nuestras prioridades, para así cubrirlas dentro de nuestras posibilidades financieras. Naturalmente una persona medianamente responsable preferirá cubrir en primer término las necesidades básicas (salud, educación, alimentación, vestimenta y vivienda), dejando en un segundo orden las relativas a la inversión y la adquisición de otros bienes y servicios, para, luego de eso, destinar algún recurso a diversión y recreación.

Esa prelación de gastos también la hacen las instituciones públicas, cumpliendo la obligación constitucional de conducir las finanzas públicas en forma “sostenible, responsable y transparente”, debiendo financiar los egresos permanentes con ingresos permanentes. En el presupuesto institucional deben constar todos los ingresos y egresos de la entidad, cuya formulación debe sujetarse al plan nacional de desarrollo, y a su marco en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados.

Por otra parte, toda sociedad debe someterse a reglas para conducir una convivencia armónica entre sus integrantes, determinando las consecuencias jurídicas en caso de contravenir esas normas. De este modo, a través del ordenamiento jurídico se condiciona la conducta de las personas, ora sancionando un comportamiento que se quiere excluir u ordenando un proceder determinado. Así, usted en principio puede comportarse como quiere,

pero si su conducta se adecúa a una infracción deberá sufrir las consecuencias. Esa es su opción: si se comporta de un modo prohibido por la norma, que lo puede hacer, deberá someterse a la pena, o podrá, libremente, abstenerse de incurrir en esa conducta y, de este modo, no ser sujeto de sanción.

Una de las fórmulas de sanción es la multa. Ésta, como cualquier sanción, no tiene por objeto que sea impuesta sino que su finalidad será disuadir el comportamiento irregular y, en caso de producirse, su aplicación tiene por objeto, según se crea, que no se vuelva a incurrir en esa conducta o, simplemente, castigar. No es objeto de una norma que contemple sanciones que éstas se impongan siempre de modo forzoso, pues ello implicará o bien que la norma no es adecuada a la realidad social (no hay cumplimiento espontáneo sino que la regla es la apremio coactivo) **ora que hay desviación de poder.**

Por eso, llama la atención que en el presupuesto de algunas entidades, como es el caso del Municipio de Quito, se contemple dentro del presupuesto de ingresos el factor multas o infracciones a ordenanzas (rubros que superan los \$19 millones en Quito). Resultaría que las multas, como las de pico y placa, no tienen por fin disuadir o sancionar un comportamiento, sino que adquirirían afán recaudatorio, **denotando desviación de poder:** si la gente se comporta según la norma, resulta que el presupuesto se desfinancia, por tanto, la gente debe

violar la regla para mantener esos ingresos. ¿Se continuará con esta situación en el presupuesto 2014?

Nota: El subrayado y las negrillas son mías.

COMENTARIO:

El 1ro de Enero del año en curso el Diario Hoy de la ciudad de Quito realiza una publicación en lo relacionado a la inclusión de las multas en el presupuesto del GAD municipal de la ciudad de Quito; al respecto y analizando dicho artículo, consideramos que la acción municipal del cobro de multas de una manera coercitiva para poder recaudar fondos para el presupuesto en su institución consideramos es inconstitucional, claramente podemos observar que las resoluciones municipales no están en concordancia con la Constitución de la República del Ecuador.

En este contexto consideramos que se está violando el principio de motivación que debe imperar en toda emisión y ejecución de un acto administrativo. Incluir las multas en el presupuesto municipal consideramos que es atentatorio y violatorio de todo precepto constitucional y legal; en este sentido, debemos recordar que la mayoría de las multas son provocadas y los ciudadanos a veces caemos en ellas sin tener el conocimiento efectivo de su vigencia por la falta de información, tales ingresos solo debería ser adicionales, o sea no tomar en cuenta como un ingreso fijo así como los impuestos por los predios urbanos.

Debemos recordar que respecto a la motivación en la emisión del acto administrativo tenemos los preceptos constitucionales del Art. 76, literal I, el mismo textualmente manifiesta lo siguiente:

Art. 76; literal I.- Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas, no habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho¹⁵¹.

De acuerdo a la norma constitucional antes citada, la motivación en la emisión del acto administrativo debe fundarse en la legalidad, al tal hacerlo se está cumpliendo lo estipulado en la Constitución y no se violan derechos constitucionales de los administrados al emitir y ejecutar actos administrativos viciados con desviación de poder.

¹⁵¹ CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Año 2008, Publicada en el Registro Oficial Suplemento.

7. DISCUSIÓN.

La discusión en una investigación jurídica, no es otra cosa que analizar los resultados obtenidos a lo largo del trabajo y compararlo con los objetivos e hipótesis planteados, de esta manera poder darme cuenta si la presente investigación tuvo los resultados esperados, es decir, determinar si se cumplió o no con la meta trazada al inicio de la investigación.

7.1. VERIFICACIÓN DE OBJETIVOS

7.1.1. OBJETIVO GENERAL:

- ✓ Estudiar y analizar de una manera doctrinaria, jurídica, crítica y reflexiva respecto de los actos administrativos y de los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos.

El presente objetivo se ha cumplido en el transcurso y desarrollo del presente trabajo de investigación, en el marco conceptual, doctrinario y jurídico; en donde se analizó y estudio todo lo referente al acto administrativo.

Lo pude verificar positivamente a través del estudio y análisis de la información teórica, doctrinaria y normas jurídicas referentes al problema planteado. Además del criterio de algunos tratadistas especialistas en Derecho Administrativo, me permitió hacer una crítica y análisis fundamentados de los

vicios del acto administrativo y el vicio de desviación de poder establecido en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva. De acuerdo a la doctrina analizada y las normas del derecho comparado, los actos que adolecen del vicio de desviación de poder son considerados nulos de pleno derecho y no pueden ser convalidados por violar los más elementales procedimientos al momento de su emisión y ejecución.

7.1.2. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

1. Estudiar y analizar los vicios del acto administrativo establecidos en el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva;
2. Realizar un estudio fundamentado respecto de la figura del vicio de desviación de poder en el derecho comparado;

Los objetivos específicos 1 y 2 se han verificado a través del estudio y desarrollo del marco jurídico, en donde procedí a analizar detenidamente en base a los preceptos constitucionales (Constitución de la República del Ecuador), fundamentos legales (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva); y, Derecho Comparado; además, pude determinar que en el derecho comparado los actos administrativos que adolecen del vicio de desviación de poder son considerados nulos por mandato constitucional y no son convalidados como ocurre en nuestra legislación administrativa.

3. Proponer un Proyecto de Reforma de los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de manera que se establezca el vicio de desviación de poder como un acto de nulidad absoluta y de pleno derecho del acto administrativo; y, el mismo pueda ser impugnado a través de la reforma antes señalada.

El objetivo específico No. 3, pude verificar su cumplimiento al final del presente trabajo de investigación **(discusión)**, de esta manera pude proponer a mi modesto criterio un proyecto de reforma legal de los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa para establecer que los actos administrativos que adolezcan del vicio de desviación de poder sean considerados de nulidad absoluta, o sea no canvalidables; y, los mismos puedan ser impugnados a través de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que se debe tomar muy en cuenta que de no proceder de esta manera por parte de los asambleístas y crear un proyecto de reforma de las normativas antes señaladas, se seguirán vulnerando derechos fundamentales de los administrados con la emisión, ejecución y convalidación de actos viciados con desviación de poder y se seguirá vulnerando el ordenamiento jurídico establecido en nuestro país.

7.2. CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

7.2.1. HIPÓTESIS PLANTEADA:

- ✓ La falta de reforma de los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa respecto a establecer que el acto

administrativo que adolece del vicio de desviación de poder sea considerado nulo de pleno derecho no convalidante y el mismo pueda ser impugnado a través de la reforma antes señalada, genera inseguridad jurídica y contradicción con la Norma Suprema de la República del Ecuador, lo cual vulnera los derechos constitucionales de los administrados de la manera como está estipulado el vicio de desviación de poder en el cuerpo de leyes del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva vigente.

Con la conclusión de la investigación, e procedido a la contrastación de la hipótesis planteada para el desarrollo del presente trabajo investigativo; la misma la e verificado positivamente con los resultados obtenidos en la investigación de campo, expresamente en la quinta pregunta que habla de la reforma; y, en la entrevista, en la cuarta pregunta, donde quedó comprobado que se hace imperiosa la necesidad de reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

A través del estudio de casos, se evidenció la urgente necesidad de reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; como se recordara en el análisis de tales casos pude evidenciar que la administración pública incurrió en el vicio de desviación de poder.

7.3. FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA DE LA PROPUESTA

Las normas constitucionales y legales que rigen la Administración Pública en el

Ecuador, establecen claramente los requisitos que deben cumplir los actos administrativos para su emisión y ejecución, es decir, la manera como deben expedirse los actos administrativos. Tanto las normas constitucionales como las legales, contienen reglas de obligatoria observancia concerniente a la protección y respeto de los derechos de los administrados.

La Administración Pública en la emisión y ejecución de los actos administrativos necesariamente debe someter sus actuaciones al procedimiento normativo establecido como paso previo a la emisión del acto, valorando las alternativas posibles, la relación costo beneficio que supone cada una de esas alternativas, no solamente desde el punto de vista económico. Dentro de este marco de cosas, se debe tener claro que una de las características de los actos administrativos es su unilateralidad, ya que únicamente se generan por parte de la autoridad administrativa; por lo que, se habla propiamente de voluntad, y para que ésta sea considerada en derecho, es necesario que se exteriorice. La voluntad es válida cuando es emitida por autoridad competente y tiene el propósito de establecer un vínculo jurídico.

De lo señalado en párrafos anteriores se desprende que los actos administrativos emitidos y ejecutados sin el cumplimiento de los requisitos establecidos por nuestro ordenamiento jurídico, hace que tales actos de la administración adolezcan de vicios que conllevan que un determinado acto sea declarado de nulidad absoluta y de pleno derecho; o los mismo puedan ser convalidados al adolecer de nulidad relativa o anulabilidad.

Al respecto, el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador señala que las instituciones del Estado no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley; en este sentido tenemos además las disposiciones de los Arts. 84, 85 y 86 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, recogen las características de la competencia para la emisión de actos administrativos, manifestando que es irrenunciable excepto en los casos de delegación y avocación; y, que la misma se aplica de acuerdo a la materia, al territorio y al tiempo.

En lo que respecta a la motivación para la emisión del acto administrativo, se está a lo dispuesto por los Arts. 122 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva y 31 de la Ley de Modernización del Estado; además, el literal I del Art.76 de la Constitución de la República del Ecuador que señala: *“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundan y no se aplica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideran nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados”*.

Las normas constitucionales y legales enunciadas anteriormente son claras con respecto a la motivación en la emisión de los diferentes actos administrativos; la motivación en la cual se fundamenta el acto administrativo constituye el

enunciado de las normas en las cuales la Administración Pública se fundamenta para emitir y poner en vigencia los actos administrativos, caso contrario serán considerados nulos de pleno derecho y los servidores públicos que tal hicieren serán sancionados. La arbitrariedad en la emisión del acto administrativo ocasiona que los mismos adolezcan de vicios y los mismos conlleven a la nulidad absoluta o relativa de los actos administrativos; dentro de los vicios de la voluntad, un acto administrativo, dependiendo de su gravedad, puede ser anulable o nulo, pero, en lo que si estamos de acuerdo es que en los casos de desviación de poder, arbitrariedad, dolo y violencia, donde se compromete parte importante de la decisión de la administración, los actos son nulos de pleno de derecho.

El vicio de desviación de poder se produce cuando la autoridad administrativa al estar investida de competencia, utiliza su poder para finalidades distintas a las que el ordenamiento jurídico establece, generando vicios en el acto, Dentro de la desviación de poder, se encuentran tres casos en los cuales las autoridades emiten actos que tienen finalidad distinta a las establecidas en la norma positiva; decisiones que nacen con vicios y causan la nulidad de las mismas. Así podemos ver que el funcionario cuando abusa de su autoridad la puede ejercer para favorecer una finalidad personal, beneficiar a un tercero o grupo; y/o, beneficiar a la propia administración.

Durante el estudio de los actos convalidables o anulables como los señala el Art. 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función

Ejecutiva, se debe considerar que esta clase de actos se encuentran dentro de la clasificación de los actos de nulidad relativa, y se caracterizan porque no tienen un vicio grave, y deben ser considerados como actos válidos, ya que se presumen de legítimos hasta el momento en que puedan ser impugnados, y la autoridad administrativa de oficio o a petición de parte los anule o revoque, dichos vicios son subsanables, y estos actos tiene un tiempo de prescripción para impugnarlos.

Un acto es convalidable, cuando la administración puede corregir el vicio del acto impugnado, y el Art. 95 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, señala que los vicios susceptibles de convalidación son todos los demás actos que incurran en otras infracciones al ordenamiento jurídico que no se encuentran señaladas en el Art. 94 de dicho cuerpo legal, es decir, aquellos actos que no pueden ser convalidados, inclusive se menciona que la desviación de poder puede ser convalidada, situación que ya se analizo y se concluyo que esta clase de actos podrán ser vicios de nulidad absoluta.

En cuanto a la responsabilidad de el/la servidor público, deben ejercer sus funciones apegándose a la Constitución y demás normas jurídicas, ya que ésta es la fuente de su poder jurídico y el marco de su accionar, caso contrario están obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que provoquen por la mala prestación de un servicio público o de sus actos en el desempeño de sus funciones, así lo establece el Art. 52 de la Constitución, en concordancia con el Art. 233, al manifestar que ningún funcionario ni servidor

público estará exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones. Además, los funcionarios que en ejercicio de sus funciones causasen daño o perjuicio al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables de sus actuaciones. En este contexto, el Art. 33 de la Ley de Modernización del Estado en concordancia con los artículos anteriormente manifiesta que los funcionarios o empleados públicos que violaren cualquier disposición establecida en dicha ley, serán sancionados con la destitución de sus cargos, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o administrativas previstas en otras leyes.

Si el acto administrativo causa daño al administrado, la Constitución establece que el administrado podrá recurrir o impugnar la resolución o sentencia del órgano administrativo. Al respecto, se está a lo establecido en los Arts. 76 literal m y 173 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en dichos preceptos constitucionales y legales, se estipulan que los administrados tenemos ese derecho fundamental.

Por lo esgrimido a lo largo de mi trabajo investigativo, la desviación de poder de acuerdo a la doctrina analizada y las normas del derecho comparado, es un vicio que produce la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, y que por lo general este vicio no es subsanable, por cuanto vulnera garantías constitucionales, como las del debido proceso, establecida en el Art. 76 de la Constitución vigente; por lo tanto urge la reforma de los Arts. 1, 3 y 59 de la

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de esta manera establecer que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder sea considerado como causa para la nulidad absoluta y de pleno derecho de los actos administrativos y los mismos puedan ser impugnados.

8. CONCLUSIONES

Una vez concluido el trabajo investigativo, he llegado a las siguientes conclusiones:

Primera.- Los actos administrativos por disposición de la ley nacen al mundo jurídico amparados por la presunción de legalidad, gozando de fuerza jurídica formal y material y en consecuencia aun cuando tengan vicios se reputan válidos y productores de su natural eficacia jurídica, hasta tanto se declare la extinción de sus efectos en vía administrativa o judicial.

Segunda.- Los vicios del acto administrativo se originan en el incumplimiento de los requisitos de validez y son: De gravedad invalidante del acto, constitutivos de nulidad absoluta; subsanable o de anulabilidad; e irregularidades no sustanciales, que no afectan la validez y eficacia del acto administrativo.

Tercera.- La desviación de poder es un vicio que afecta a los actos del poder público, o vicio exclusivo de los actos administrativos; en el mismo incurre la Administración Pública afectando la esfera jurídica del administrado.

Cuarta.- Existe desviación de poder cuando un funcionario público ejerciendo sus potestades administrativas emite un acto administrativo para fines distintos de los fijados en el ordenamiento jurídico; esto parece una simple transgresión

administrativa, que en realidad encubre un problema más profundo cual es la violación a las bases del Estado Constitucional de Derechos y Justicia Social.

Quinta.- La desviación de poder es una falta que comete un agente o funcionario público al emitir un acto administrativo con un móvil subjetivo que desvirtúa la finalidad de interés general que tuvo el legislador al concederle potestades.

Sexta.- En la legislación civil, no se establecen vicios de la voluntad, sino del consentimiento; en este caso, constituye la capacidad de obligación de las personas; mientras que en el derecho administrativo no se establece los vicios del consentimiento, sino de la voluntad, la misma que se exterioriza en la competencia que por mandato legal y constitucional es otorgada a las autoridades que ejercen la función administrativa.

9. RECOMENDACIONES.

Dentro de este apartado, con el estudio y análisis del problema planteado, me ha permitido sugerir que el Estado debe cumplir con el mandato constitucional de brindar la tutela judicial efectiva y expedita a todos los miembros de la sociedad; además, la Asamblea Nacional que es el ente encargado de crear, reformar o derogar las diferentes leyes, debe poner más énfasis en buscar la solución a los diferentes problemas que enfrenta la sociedad ecuatoriana a través de la creación de proyectos de ley que beneficien a toda la población por igual; y, las Universidades deben adentrarse en esta problemática y realizar investigaciones relacionados con el tema que acabamos de investigar y de esta manera quien sea beneficiada sea la sociedad en general.

En base a lo manifestado en el párrafo anterior y de los resultados obtenidos, así como las conclusiones anteriormente expuestas, ponen de manifiesto la necesidad de la puesta en marcha de diversas iniciativas, sugiero las siguientes recomendaciones:

Primera.- A las Universidades, es necesario que se estudie con mayor amplitud, el tema objeto de investigación dentro de la asignatura de Derecho Administrativo, porque según hemos advertido a lo largo del desarrollo del tema investigativo, la desviación de poder se puede generar en cualquier nivel de la administración pública; es importante para los estudiosos del derecho, porque

las personas que nos gobiernan deben saber que sus actuaciones tienen límites legales, impuestos por el bloque de legalidad.

Segunda.- A la Asamblea Nacional, se hace necesario que sin demora, se dé trámite a la iniciativa de ley presentada y esgrimida en el transcurso de la investigación, cual es la reforma de los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al tal hacerlo y entrar en vigencia, se de cumplimiento a los preceptos constitucionales y legales, los mismos que propenden la protección de los derechos fundamentales de los administrados y por ende de la sociedad en general, de esta manera el estado cumpla con el mandato constitucional de la tutela judicial efectiva a favor del administrado como lo dispone el Art. 75 de la Constitución.

Tercera.- A los administrados, cuando sientan que han sido afectados y conculcados sus derechos por actos o resoluciones administrativas que no tengan legitimidad, deben acudir a la autoridad competente para poder hacer valer sus derechos haciendo uso de los recursos legales establecidos para el efecto.

Cuarta.- Al Estado ecuatoriano, la creación de una herramienta técnica que permita contrarrestar mediante el control judicial la naturaleza intrínseca del acto administrativo emitido y ejecutado con desviación de poder.

Quinta.- A la Administración Pública, para poder emitir un acto administrativo y evitar que el mismo sea impugnado, las autoridades administrativas debe

verificar que el mismo contenga todos y cada uno de los presupuestos y requisitos exigidos por la ley.

Sexta.- A las entidades gubernamentales y no gubernamentales, deberían incentivar la investigación sobre la desviación de poder, proponiendo formas de regular la discrecionalidad administrativa y de sancionar las infracciones al exceso de poder ejercido por las administraciones públicas.

9.1. PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA

9.1.1. PROYECTO DE REFORMA A LA LEY

ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR:

CONSIDERANDO:

Que, la comisión de lo civil y penal ha emitido informe favorable respecto a la Reforma de los Arts. 1, 3 y 59 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante la creación del Proyecto de Ley en lo relacionado a establecer la figura del vicio de desviación de poder como una de las causas para que el acto administrativo sea considerado nulo de pleno derecho no convalidante y el mismo pueda ser impugnado ante la Jurisdicción contencioso-administrativa.

QUE el más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos que garantiza la Constitución.

Que el Art. 11 numeral 9 de la Constitución expresa que el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos.

Que la Constitución garantiza y protege los derechos del Buen Vivir y la calidad de los servicios a favor de los administrados en los Arts. 27, 32, 52, 54, 57, 66 numeral 24, 85 numerales 1 y 2, 227, 267 numeral 8, 276 numeral 1, 310, 314, 315, 320, 336, 340, 346, 347 numeral 1, 351, 353 numeral 2, 362, 363 numerales 2, 5, 7.

Que el Art. 424 de la Constitución consagra la supremacía constitucional al señalar que es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

Que el Art. 233 de la Constitución manifiesta que ningún funcionario ni servidor público estará exento de responsabilidad por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por sus omisiones. Además, los funcionarios que en ejercicio de sus funciones causasen daño o perjuicio al interés público o a terceros, serán civil y penalmente responsables de sus actuaciones.

Que el numeral 7, literal I del Art.76 de la Constitución de la República, publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de Octubre de 2008 dice: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivados. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se fundan y no se aplica la pertinencia de su aplicación a los

antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideran nulos. Las servidoras y servidores responsables serán sancionados”.

Que el Art. 226 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta que las instituciones del Estado no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley.

Que los Arts. 76 literal m y 173 de la Constitución de la República del Ecuador en concordancia con el Art. 69 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, en dichos preceptos constitucionales y legales, se estipulan que los administrados tenemos derecho a impugnar y recurrir u determinado acto o fallo administrativo que afecten nuestros derechos fundamentales.

En uso de las facultades que le concede el Art.120, numeral 6 de la Constitución de la República del Ecuador, expide la siguiente:

LEY REFORMATORIA A LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Art. 1.- En el Capítulo I, que habla del ejercicio de la jurisdicción Contencioso-Administrativa, refórmese el Art. 1, mismo que queda de la siguiente manera y establece lo siguiente:

Art. 1.- Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos, los mismos serán considerados de nulidad absoluta de pleno derecho.

Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico; o que no concordaren con el logro del interés público y el bien común.

El recurso contencioso - administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

Art. 2. –Refórmese el inciso tres del Art. 3, el mismo que quedara de la siguiente manera:

Inciso tres del Art. 3.- El recurso de anulación, objetivo por exceso o desviación 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.

Si el acto impugnado por adolecer del vicio de desviación de poder hubiere ocasionado daño al administrado individual o colectivo, la Administración Pública procederá a la reparación de los daños causados con la consiguiente indemnización por los derechos vulnerados.

Art. 3.- Agréguese un literal al Art. 59, mismo que diga lo siguiente:

Literal c).- Cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

Art. 4.- La presente ley entrara, en vigencia una vez publicada en el Registro Oficial.

Dado, en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones de la Asamblea Nacional del Ecuador, a los 23 días del mes de Mayo del 2015.

PRESIDENTE (A)

SECRETARIO (A) GENERAL

10. BIBLIOGRAFÍA.

1. AGUERREA MELLA, Pedro. Año 2003. "Las prerrogativas del acto administrativo en la Ley N° 19.880". En VV.AA. "Ley N° 19.880, sobre procedimientos administrativos". Santiago, Ediciones Universidad Santo Tomás, Academia de Derecho.
2. AUCOC, León, Conferencias sur l'Administration et le Droit Administratif, Paris, Dunod, Año 1878, pág. 467.
3. BETANCUR JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Señal Editora. 5ª edición. Medellín. 1998. p. 167, Año 2007.
4. BOQUERA OLIVIER José María, Estudio sobre el acto administrativo, Madrid, Civitas, Año 1993, p. 194.
5. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, DICCIONARIO JURÍDICO ELEMENTAL, Nueva Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta S.R.L. Undécima Edición, Año 1993.
6. CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. 4t.; 14ª ed. Revisada Actualizada y ampliada por Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S.R.L., Año 1979.

7. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Sobre Derecho Administrativo", Montevideo, F.C.U., Año 2007, T. II, pp. 213-214.
8. CASSAGNE, Juan Carlos, «Derecho Administrativo», Tomo II, Editorial Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Año 2002, pág. 45.
9. CASSAGNE, Juan Carlos; 2002, "Derecho Administrativo", Editorial Abeledo-Perrot", Sexta Edición, Buenos Aires-Argentina. Pág 589.
10. CASTILLO GONZÁLEZ, Jorge Mario. Derecho administrativo. Tomo I, parte general. 13ª edición, Ed. Impresiones Gráficas de Guatemala, Guatemala, Año 2002.
11. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, ley No. 1437, de 18 de Enero 2011.
12. CÓDIGO PROCESAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO de Costa Rica, Ley No. 8508 Publicada en el Alcance No. 38 a La Gaceta No. 120 del 22 de junio de 2006, rige a partir del 1º de Enero de 2008.
13. CÓDIGO, CIVIL Y DE PROCEDIMIENTO CIVIL, Editorial Jurídica "EL FÓRUM", Año 2010, Quito-Ecuador.
14. CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR, Año 2008, Publicada en el Registro Oficial Suplemento.

15. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, San José, Grupo Editorial Antares del Este, primera edición, Año 2007, Art. 49.

16. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, caso de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del Ecuador, QUINTANA COELLO Y OTROS VS. ECUADOR, Sentencia de 23 de Agosto del Año 2013, Sentencia tomada de la fuente: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_268_esp.pdf, fecha de la consulta el día 12 de Junio de 2014.

17. CRETILLA Jr, José, ANULACAO DO ACTO ADMINISTRATIVO POR DESVIO DE PODER, 1a ed. Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, Año 1978, págs. 125 y ss.

18. DE LAUBADERE André. Manual de Derecho Administrativo. Traducción de Jesús Villamizar Herrera. Bogotá: Ed. Temis. Año 1985. p. 103.

19. DE PÉREZ CORTEZ María Jeaneret, “La finalidad como elemento esencial del acto administrativo y la desviación de poder” LL Año 2002-D, 1408 y sus citas.

20. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires – Argentina, Año 1974.

21. DICCIONARIO MUNICIPAL PERUANO, Biblioteca Nacional del Perú, Segunda Edición, Diciembre Año 2011, Impreso en Ediciones Nova Print. SAC.
22. Dr. CORREA FREITAS Rubén, El acto administrativo en el Derecho Positivo uruguayo, Revista Jurídica UCES.
23. DROMI Roberto, Derecho Administrativo. Décima Edición Actualizada, Buenos Aires, Año 2004.pag 319.
24. DROMI, José Roberto, «Manual de Derecho Administrativo», Editorial Astrea, Buenos Aires-Argentina, Año 1987, Tomo I, pág. 22.
25. DROMI, Roberto Derecho Administrativo, Buenos Aires, Editorial Ciudad de Argentina, Año 2000, p. 171.
26. DROMI, Roberto, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, Año 1995.
27. DUGUIT, LEÓN, Las transformaciones generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón, EDEVAL, Año 1987, págs. 24 y sgts.
28. ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO Y ADMINISTRATIVO DE LA FUNCION EJECUTIVA Decreto Ejecutivo 2428, publicado en el Registro Oficial 536 del 18-Mar-2002 Contiene hasta la reforma del 23-May-2013.

29. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Tomás Ramón, Profesor adjunto de la Universidad de Madrid. COMENTARIOS MONOGRÁFICOS LA DOCTRINA DE LOS VICIOS DE ORDEN PÚBLICO EN EL CONTENCIOSO - ADMINISTRATIVO: ORÍGENES Y EVOLUCIÓN. Fuente:https://www.google.com.ec/search?q=tomas+ramon+fernandez+rodriguez+abogados+exceso+de+poder&hl=es419&gbv=2&oq=tomas+ramon+fernandez+rodriguez+abogados+exceso+de+poder&gs_l=heirloom_serp.3...11109.14765.0.15734.16.5.0.11.0.0.219.438.2-.2.2.0....0...1ac.1.34.heirloom_SERP..15.1.219.9Xkfiv92PRg. consulta realizada el día 14 de Mayo del 2014.
30. FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo. Segunda Edición. México, Año 1939. p. 179.
31. FUENTE:https://www.google.com.ec/search?hl=es419&source=hp&q=CORTE+NACIONAL+DE+JUSTICIA+SALA+DE+LO+CONTENCIOSO+ADMINISTRATIVO+DESVIACION+DE+PODER&gbv=2&oq=CORTE+NACIONAL+DE+JUSTICIA+SALA+DE+LO+CONTENCIOSO+ADMINISTRATIVO+DESVIACION+DE+PODER&gs_l=heirloomhp.3...16203.23906.0.24422.21.1.0.20.20.0.516.516.5-1.1.0....0...1ac.1.34.heirloom-hp..20.1.516.lj5wF0Nsu48. Consulta efectuada el día 03 de Diciembre de 2014 a las 16:04 pm.

32. GARCÍA DE ENTERRÍA Eduardo y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho Administrativo Tomo I. Décima Edición, Madrid, España. Civitas Ediciones, S.L. Año 2000.
33. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción singular a la Plenitud Jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?, Año 2007. págs. 46-47.
34. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, y FERNÁNDEZ Tomás Ramón, Curso de Derecho administrativo, Madrid, 2001.
35. GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Miguel. Derecho Contencioso Administrativo. Bogotá Ed. Tercer Mundo. Año 1981. p. 211.
36. GORDILLO AGUSTÍN, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas, Tomo 5, Primera Edición, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, Año 2012.
37. GORDILLO Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Buenos Aires-Argentina, Fundación de Derecho Administrativo, 5ª. Edición, Tomo 3, Año 2000.
38. GORDILLO, Agustín Alberto, Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas: Teoría General del Derecho Administrativo, Tomo 8, 1ra. ed. - Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, Año 2013.

39. GORDILLO, Agustín, «Tratado de Derecho Administrativo», Tomo I, pág. VII.1. Fundación de Derecho Administrativo, 2da. Edición, Año 1969.
40. HAURIUO, Maurice; Précis de Droit Administrativo; Edición París, Dalloz, Año 1983.
41. HOYOS DUQUE, Ricardo. La acción popular frente al contrato estatal. XIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Cali: septiembre de 2003. En: CONSEJO DE ESTADO. Sección tercera. Sentencia del 5 de octubre de 2005. C.P. SAAVEDRA BECERRA, Ramiro. Radicación: 20001-23-31-000-2001-01588-01(AP).
42. <http://derechomx.blogspot.com/2012/03/vicios-de-los-actos-administrativos.html>, consulta realizada el día 18 de Mayo 2014.
43. http://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_administrativo, consulta realizada el día 24 de Mayo de 2014.
44. <http://jorgemachicado.blogspot.com/2013/03/vco.html>, consulta efectuada el día 12 de Mayo del año 2014.
45. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_268_esp.pdf, fecha de la consulta el día 12 de Junio de 2014.

46. <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/desviacion-de-poder/desviacion-de-poder.htm>, consulta efectuada el 8 de Mayo de 2014.
47. <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/multa-y-presupuesto-598003.html>, fecha de la consulta el día 12 de Junio del 2014.
48. https://www.google.com.ec/search?hl=es419&source=hp&q=concepto+de+administrado+en+el+derecho+administrativo&gbv=2&oq=concepto+de+administrado+en+el+derecho+administrativo&gs_l=heirloomhp.3..0i22i10i30.1281.21625.0.22422.53.36.0.7.7.0.407.5251.26j8j2.16.0....0...1ac.1.34.heirloomhp..30.23.5782.VbxyST2d7cM.. Fuente consultada el día 25 de Marzo del año 2014.
49. JARA SCHNETTLER., Jaime. Apuntes sobre Acto y Procedimiento Administrativo Ley N°19.880. Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Santiago. Año 2009.
50. JARAMILLO ORDÓÑEZ Herman: Manual de Derecho Administrativo Quinta Edición. Unidad de Publicaciones del Área Jurídica Administrativa y Social de la Universidad Nacional de Loja. Loja, Año 2005.
51. JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman, La Justicia Administrativa, el Procedimiento y el Proceso Contencioso Administrativo, editorial OFESSET GRAFIMUNDO, Loja Ecuador, Año 2003.

52. JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán, Manual de Derecho Administrativo, Editorial de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, Loja, Año 1999.
53. JARAMILLO, JARAMILLO, Alfredo, Introducción al Derecho, Tercera Edición, Editorial PUDELECO S.A., Quito– Ecuador, Año 2001, pág. 174.
54. JINESTA LOBO, Ernesto. Año 1999. La Dimensión Constitucional de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Primera edición, San José, Editorial Guayacán, pág. 172.
55. LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Ley 35 Registro Oficial 338 de 18-mar-1968 Ultima modificación: 28-dic-2001- Estado: Vigente.
56. Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos de la República Bolivariana de Venezuela.
57. MARIENHOFF Miguel,, Tratado de Derecho Administrativo, T. II, 3a ed., Abeledo Perrot, págs. 201 y ss.
58. HAURIOU, Maurice LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE de 1892 a 1929 (D'Après les notes d'arrets du Recueil Sirey). París, Año 1929, p. 332.

59. MORAGA KLENNER., Claudio. 2002. Apuntes de Clases, Notas sobre la validez y efectos de los actos administrativos. Santiago. Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
60. MORALES TOBAR, Marco. El Acto Administrativo. En: Derecho Constitucional para fortalecer la democracia. Konrad Adenauer Stiftung-Tribunal Constitucional. Quito, Año 1999, Pág. 99.
61. OSSORIO Manuel, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales, Primera Edición, Editorial Dtascan SA., Guatemala.
62. PENAGOS Gustavo, El Acto Administrativo, Santa Fe de Bogotá, Editorial Librería Profesional, 5ta. Edición, Año 1992, p. 85
63. PORTOCARRERO, Felipe S. Curso de derecho administrativo del Perú, Escuela tip. Salesiana, California, Año 1944.
64. PUIG, Alfredo Gustavo, UNIVERSIDAD NACIONAL DE SALTA, FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS, JURÍDICAS Y SOCIALES DERECHO ADMINISTRATIVO PARA CIENCIAS ECONÓMICAS, Publicación realizada de acuerdo al Plan de Estudios 2003, destinada al estudio de las materias Derecho III, de la carrera de Contador Público Nacional (Resolución CS N° 322/03) y Derecho Público, de la carrera de Licenciatura en Administración (Resolución CS N° 321/03), Libro

electrónico, pág. 30, fecha de consulta 04 de Mayo de 2015, a las 10 y 30 am,

http://www.economicas.unsa.edu.ar/web/archivo/otros/Derecho_administrativo.pdf

65. REGLAMENTO PARA EL CONTROL DE LA DISCRECIONALIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (Decreto No. 3179), 10 de octubre del 2002, con el número 3179, publicado en el Registro Oficial 686, 18-X-2002).
66. Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de Mayo de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 9, p. 2966, tercer considerando. En el mismo sentido puede verse la sentencia de la misma sala, de 25 de julio de 2002, Gaceta Judicial, serie XVII, No. 10, p. 3346, primer considerando.
67. SÁNCHEZ ISAC Jaime, La desviación de poder en los derechos francés, italiano y español, Madrid, Año 1973, p. 71.
68. SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso. "Fundamentos De Derecho Administrativo". Volumen I. Centro de Estudios Ramón Areces. España Año 2002, p. 164.
69. SANTOFIMIO GAMBOA Jaime Orlando, Derecho Administrativo, Dpto. de Publicaciones, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Año 1996, página 86.

70. SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Tratado de Derecho Administrativo, Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia, Tomo II, Colombia, Año 2003, Pág. 131.
71. SAYAGUÉS LASO Enrique, Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Editorial Barreiro, 2ª ed., Año 1963, p. 34.
72. SAYAGUEZ LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo, Montevideo, Tomo 1, Año 1974.
73. SECAIRA DURANGO, Patricio. Curso Breve de Derecho Administrativo, Editorial Universitaria, Quito- Ecuador, Año 2004, Pág. 178
74. SENTENCIA CONSEJO DE ESTADO. (República de Colombia), OCTUBRE 5 de 1945, reproducida por Jorge Ortega Torres, p. 121.
75. TRON PETIT, Jean Claude y ORTIZ REYES, Gabriel. “La Nulidad De Los Actos Administrativos”. Porrúa. México 2009, p. 200.
76. ULLÓA ESTÉVES, Ricardo, Derecho Administrativo, Editorial Arte Profesional C:A:, Septiembre, Año 2009, Caracas, Venezuela.
77. VEDEL, Georges, Derecho Administrativo, traducción de Juan Rincón Jurado, Ediciones Aguilar, Madrid, Año 1980, pág. 506.

78. VIDAL PERDOMO Jaime, Derecho Administrativo, 8va. Edición, Bogotá, Editorial Temis, Año 1985, pág. 289-290.

11. ANEXOS.

ANEXO UNO:

FORMULARIOS DE LA ENCUESTA Y ENTREVISTA:

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

CARRERA DE DERECHO

ENCUESTA:

Distinguidos ciudadanos, la presente encuesta está relacionada sobre la necesidad de reformar los Arts. 1, 3 y 59 de la LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, para establecer que el acto administrativo que adolezca del vicio de desviación de poder sea considerado nulo de pleno derecho y el mismo pueda ser impugnado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa; requiero conocer su opinión respecto a este tema, su aporte y su criterio será fundamental en la presente investigación.

1.- ¿Conoce Ud. sobre el acto administrativo y los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos?

SI ()

NO ()

2.- ¿Cree Ud. que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder deba ser convalidado por autoridad competente, aun si el acto administrativo haya sido emitido violando preceptos constitucionales y legales?

SI ()

NO ()

3.- ¿Considera Ud. que los actos administrativos que adolezcan del vicio de desviación de poder deban ser impugnados ante la jurisdicción Contencioso-Administrativa?

SI ()

NO ()

4.- ¿Cree Ud. que los actos administrativos emitidos y ejecutados con el vicio de desviación de poder violan derechos fundamentales de los administrados?

SI ()

NO ()

5.- ¿Considera Ud. que deben reformarse los Arts. 1, 3 y 59 de la LJCA, mediante la cual se establezca que los actos administrativos que adolezcan del vicio de “desviación de poder” sean considerados nulos de pleno derecho y los mismos puedan ser impugnados por el administrado?

SI ()

NO ()

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

CUESTIONARIO DE ENTREVISTA AL JUÉZ DE LO CIVIL DE TUNGURAHUA.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE LOJA

Distinguido Señor Juez de lo Civil de Tungurahua, la presente entrevista está relacionada sobre la necesidad de la reforma de los Arts. 1, 3 y 59 de la LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, con respecto a establecer que el acto administrativo que adolezca del vicio de desviación de poder sea considerado nulo de pleno derecho y el mismo pueda ser impugnado; requiero conocer su opinión respecto a este tema, su aporte y su criterio será fundamental en la presente investigación.

1.- ¿Cómo Juez de lo Civil, qué opinión le merece el contenido del acto administrativo y los vicios que conllevan a la nulidad o anulabilidad de los mismos?

2.- ¿Considera Ud. que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder deba ser convalidado por autoridad competente, aun si el acto administrativo haya sido emitido violando preceptos constitucionales y legales?

3.- ¿Cree Ud. que el acto administrativo que adolece del vicio de desviación de poder perjudique y viole derechos fundamentales del administrado?

4.- ¿Considera Ud. que deben reformarse los Arts. 1, 3 y 59 de la LJCA, mediante la cual se establezca que los actos administrativos que adolezcan del vicio de “desviación de poder” sean considerados nulos de pleno derecho y los mismos puedan ser impugnados por el administrado?

GRACIAS POR SU COLABORACIÓN.

ÍNDICE

PORTADA.....	I
CETIFICACIÓN DEL DOCENTE.....	II
AUTORÍA.....	III
AGRADECIMIENTO.....	IV
DEDICATORIA.....	V
TABLA DE CONTENIDOS.....	VI
1. TITULO.....	1
2. RESUMEN.....	2
2.1. ABSTRACT.....	5
3. INTRODUCCIÓN.....	8
4. REVISIÓN DE LITERATURA.....	15
5. MATERIALES Y MÉTODOS.....	115
6. RESULTADOS.....	119
7. DISCUSIÓN.....	156
8. CONCLUSIONES.....	166
9. RECOMENDACIONES.....	168
9.1. PROPUESTA JURÍDICA DE REFORMA.....	171
10. BIBLIOGRAFÍA.....	176
11. ANEXOS.....	189
ÍNDICE.....	193

