

# Relatividad de la presunción de legitimidad de los actos administrativos en un escenario con vicios manifiestos

## *Relativity of the presumption of legitimacy of administrative acts in a scenario with manifest flaws*

STEVEN GARCÍA VILLAVICENCIO\*

**Recibido / Received:** 17/05/2023

**Aceptado / Accepted:** 10/08/2023

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2983>

**Citación:**

García Villavicencio, S. “Relatividad de la presunción de legitimidad de los actos administrativos y un escenario con vicios manifiestos”. *USFQ Law Review* vol. 10, no. 2, <https://doi.org/10.18272/ulr.v10i2.2983>

---

\* Investigador independiente, Quito 170510, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: [joffresteven28@outlook.com](mailto:joffresteven28@outlook.com), ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0009-8394-8262>

## RESUMEN

El presente trabajo estudia la realidad ecuatoriana en lo concerniente a la presunción de legitimidad —su relatividad—, el acto administrativo y la clasificación de este último en actos regulares e irregulares. También considera las diferentes posiciones doctrinales frente al acto administrativo manifiestamente viciado y, por último, analiza los diversos cuerpos normativos en los que la Administración fundamenta su actuar. En este sentido, pretende llenar vacíos que la normativa no explica y, de esta forma, limitar el espectro de aplicación de la presunción de legitimidad para toda clase de actos administrativos.

## PALABRAS CLAVE

Presunción de legitimidad; vicios manifiestos; nulidad; arbitrariedad; ilegalidad; acto administrativo

## ABSTRACT

*This paper studies the Ecuadorian reality regarding the presumption of legitimacy —its relativity— the administrative act and the classification of the latter into regular and irregular acts. It also considers the various doctrinal viewpoints regarding the manifestly flawed administrative act; and lastly, it analyzes the different normative bodies on which the Administration bases its actions. In this sense, its aim is to cover the gaps that the norm does not explain, and thus limit the spectrum of application of the presumption of legitimacy in all types of administrative acts.*

## KEYWORDS

Presumption of legitimacy; manifest vices; nullity; arbitrariness; illegality; administrative act

## 1. INTRODUCCIÓN

La arbitrariedad y la ilegalidad son temas recurrentes en la emisión de actos administrativos. Por tal razón, el presente trabajo pretende analizar cuáles son los aspectos que regulan de manera detallada lo referente al acto administrativo y la presunción de legitimidad como uno de sus caracteres esenciales.

El objetivo central de este texto es determinar cuándo aplica la presunción de legitimidad, con especial referencia a los actos administrativos manifiestamente viciados, y cómo un particular puede negarse a cumplir con un acto de tal naturaleza. Asimismo, se observará que la norma relativa al tema es contradictoria y se puntualizará en cómo se omiten habitualmente aspectos de suma importancia referentes al tratamiento que se le da a los actos administrativos regulares e irregulares más allá de la teoría y la norma.

La metodología utilizada fue deductiva, en relación con el análisis de diferentes cuerpos normativos. Se partió de la Constitución y se revisaron, además, leyes de rango inferior. Adicionalmente, se usó un método dogmático al adjuntar precisiones doctrinarias sobre temas fundamentales para comprender el tema en profundidad. Finalmente, se utilizó un método jurisprudencial al estudiar varias sentencias que brindan mayor apreciación del tema.

En el presente trabajo se explicará qué es la presunción de legitimidad y sus limitaciones, la clasificación de los actos administrativos en actos regulares e irregulares, además de ciertas consideraciones relativas a la impugnación del acto administrativo. En esa misma línea, se revisarán los vicios del acto administrativo en lo referente a la arbitrariedad, la ilegalidad y los vicios manifiestos de un acto.

También se brindará un análisis de la realidad ecuatoriana a partir de varios casos que han tratado el tema y, por último, se tratará un apartado referente al ordenamiento argentino, en el que se propone una posible solución frente a cómo un particular puede manejar una situación que involucre un acto administrativo manifiestamente viciado.

## 2. ESTADO DEL ARTE

El acto administrativo tiene varios caracteres, entre ellos, la estabilidad, la impugnabilidad, la ejecutoriedad y la presunción de legitimidad.<sup>1</sup> Conceptos que deben ser considerados para entender por qué la Administración puede intervenir en la esfera de los particulares y así responder al interés público. Asimismo, en razón de la temática y las variadas perspectivas al respecto, la

<sup>1</sup> Efraín Pérez, *Manual de derecho administrativo* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 76.

presunción de legitimidad se mantiene como predominante frente a los otros caracteres. Debe recordarse que los demás caracteres encuentran su fundamento en esta presunción. No obstante, la situación jurídica ecuatoriana advierte a la presunción de legitimidad como una institución relativa y en declive, pues tanto la arbitrariedad como la ilegalidad son temas recurrentes en la situación actual del Estado.

En palabras de Cassagne, la presunción de legitimidad es una suposición de que el acto administrativo ha sido dictado en armonía con el ordenamiento jurídico.<sup>2</sup> Es decir, es una demostración de las potestades exorbitantes de la Administración, en la que se presupone que lo contenido dentro del acto está en concordancia con los derechos de los particulares y con el fin último para el que trabaja el administrador. En otras palabras, la presunción de legitimidad permite que la Administración realice actos que se entiendan válidos hasta que su invalidez sea declarada.<sup>3</sup> Sin embargo, este carácter puede verse afectado por otros fines y, en consecuencia, el acto administrativo puede dotarse de irregularidades en las que no se toma en cuenta la finalidad pública como principal razón de ser, y se desvía su cometido a uno perverso en relación con los intereses individuales de un grupo limitado de particulares.

Sobre esta situación y la aplicación parcial del principio en cuestión, se encuentran dos teorías que plantean resolver la problemática: una sobre un acto administrativo con vicios manifiestos y otra sobre un acto administrativo inexistente. La primera posición argumenta que se pueden encontrar vicios tan notorios o evidentes que la doctrina ha calificado a esta distinción de acto administrativo como acto absurdo<sup>4</sup> que afecta la validez. Por otro lado, varios autores afirman que el acto no tiene vicios, sino vacíos, pues, al tener incompleta su estructura, no llega a determinarse como acto administrativo en todo el sentido de la palabra y se lo denomina como acto inexistente.<sup>5</sup> Esta explicación se da con el fin de demostrar que la presunción de legitimidad no sería aplicable en ninguno de esos casos.

Para un mayor entendimiento sobre dónde pueden encasillarse ambos términos mencionados, es pertinente acudir a la diferenciación de actos regulares e irregulares. Al respecto, Roberto Dromi diferencia: “[s]on regulares los actos administrativos válidos, los anulables o los nulos relativos. Son irregulares los actos administrativos inexistentes y los nulos o de nulidad absoluta”.<sup>6</sup> En esta distinción se evidencia que, dentro de un grupo, se encuentran los actos

2 Juan Carlos Cassagne, *Derecho administrativo, tomo II* (Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2006), 320.

3 Juan Carlos Cassagne, *El acto administrativo: Teoría y régimen jurídico* (Bogotá: Editorial Temis, 2013), 233.

4 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 8 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2017), 268.

5 *Ibid.*, 301.

6 Roberto Dromi, *El acto administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina / Hispania Libros, 2008), 119.

válidos y los subsanables, haciendo referencia a una situación de plena eficacia o de eficacia convalidable.

Por otro lado están los actos inexistentes y los actos de nulidad absoluta, que tienen un fallo significativo dentro de su estructura. En cualquier caso, la problemática está en el segundo grupo, en el que se puede observar que en el acto absurdo y en el acto inexistente se da apertura a cuestionar la aplicación de la presunción de legitimidad.

Es preciso mencionar que ninguna posición está exenta de observaciones, puesto que ambos conceptos serían un problema significativo para la actuación normal de la Administración. Si se trata de eliminar la presunción de legitimidad, se observarían dos circunstancias de vital importancia: por un lado, se atentaría contra un principio cuya finalidad ha sido brindarle facilidades a la Administración para intervenir en el vivir diario de los particulares.

Por otro lado, se daría cabida a un sinnúmero de cuestionamientos, muchos con motivación y fundamento, pero otros como un bloqueo arbitrario y sin sentido en razón de los intereses individuales de determinados particulares. A simple vista, lo mejor sería delimitar cuándo un acto absurdo o un acto inexistente pueden no gozar de la presunción de legitimidad, sobre todo si se evidencia un elemento manifiestamente arbitrario o ilegal dentro del contenido de un acto administrativo cuestionado.

### 3. MARCO NORMATIVO

A continuación, es necesario aterrizar todos los contenidos a la realidad. En tal razón, la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE), el Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) y el Código Orgánico Administrativo (en adelante COA) sirven como ejes fundamentales para la comprensión de la aplicabilidad de la presunción de legitimidad de un acto administrativo en el territorio ecuatoriano.

En relación con la CRE, el artículo 76, numeral 7, literal l, prescribe varias garantías respecto al derecho a la defensa y establece que todo acto administrativo debe estar motivado; la falta de este requisito hará que el acto se considere nulo.<sup>7</sup> El artículo 424, en su parte pertinente, expresa que los actos del poder público deben estar en concordancia con la CRE o serán considerados sin eficacia jurídica.<sup>8</sup> Por otro lado, se encuentra el artículo 173 que admite la potestad de someter a impugnación cualquier acto administrativo, por vía

<sup>7</sup> Artículo 76, Constitución de la República del Ecuador, R. O. 449, 20 de octubre de 2008.

<sup>8</sup> Artículo 424, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

administrativa o por vía judicial,<sup>9</sup> y el artículo 436 numeral 4 en el que se establece que la Corte Constitucional puede declarar la inconstitucionalidad de un acto administrativo.<sup>10</sup>

La norma ya referida no trae ningún conflicto, pues es claro que, en caso de existir una incoherencia entre un acto administrativo y el ordenamiento, se admite la impugnabilidad y la posibilidad de declarar la invalidez del acto por varias vías. Sin embargo, el problema radica en los efectos de un acto administrativo ya notificado, pues su contenido es de obligatorio cumplimiento y, basándose en la presunción de legitimidad del acto y sus demás caracteres, se puede cambiar la situación jurídica de un particular sin necesariamente estar en concordancia con la CRE y demás leyes.

Ahora, con motivo de la impugnación por vía judicial, se encuentra el artículo 329 del COGEP, en el que se establece que todo acto administrativo goza de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad.<sup>11</sup> Bajo la misma línea, el artículo 330 del COGEP admite la posibilidad de suspender un acto que pueda afectar un derecho de manera irremediable, siempre y cuando, esta suspensión se encuentre justificada por pruebas que entren en el campo de la razonabilidad.<sup>12</sup> Sin embargo, se debe hacer la precisión de que el COGEP dota de presunción de legitimidad y ejecutoriedad a todos los actos administrativos, sin hacer referencia alguna a actos regulares o irregulares.

En cambio, en relación con la impugnabilidad por vía administrativa se pueden encontrar varias puntualizaciones. El COA acepta en su artículo 104 que un acto administrativo será válido mientras no sea declarado nulo;<sup>13</sup> también establece cuáles son las causales de nulidad de un acto en su artículo 105<sup>14</sup> y las formas en las que se puede declarar nulo un acto en su artículo 106.<sup>15</sup> Por último, se debe mencionar el artículo 229 del COA, pues involucra un punto esencial para conocer si la presunción de legitimidad aplica para todo tipo de actos administrativos. Este artículo admite que, por regla general, los actos administrativos regulares se presumen legítimos y deben ser ejecutados una vez notificados,<sup>16</sup> dejando un vacío en el que no se puede conocer si la presunción de legitimidad y ejecutoriedad son aplicables para los actos irregulares.

Determinada jurisprudencia ha sabido limitarse y fundamentar que la finalidad de la presunción de legitimidad del acto administrativo no es más que

9 Artículo 173, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

10 Artículo 436, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

11 Artículo 329, Código Orgánico General de Procesos [COGEP]. R. O. 506, 22 de mayo de 2015.

12 Artículo 330, COGEP.

13 Artículo 104, Código Orgánico Administrativo [COA]. R. O. 31, 7 de julio de 2017.

14 Artículo 105, COA.

15 Artículo 106, COA.

16 Artículo 229, COA.

precautelar el orden social y la seguridad jurídica.<sup>17</sup> Empero, en otro caso, se hace una precisión importante y expresa que solo los actos administrativos regulares son merecedores de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad.<sup>18</sup>

Por todo lo expuesto, la ley y la jurisprudencia pueden complementarse y dar una respuesta más precisa sobre la presunción de legitimidad de los actos. Sin embargo, la pregunta en cuestión es evidente: ¿todo tipo de actos se presumen legítimos en la vía judicial y solo los actos regulares se presumen legítimos en la vía administrativa? La respuesta puede parecer obvia, pero no cuestionarse qué sucede con los actos administrativos irregulares más allá de la teoría sería un error. Por tal motivo, en los siguientes apartados se retomará la pregunta y se tratará de dar una respuesta que sea congruente con todo el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Con la finalidad de resolver la problemática de una manera más detallada, se procederá a tratar lo siguiente: la presunción de legitimidad, los elementos de validez de un acto administrativo, la diferenciación de actos regulares e irregulares, la arbitrariedad, la ilegalidad y varios supuestos en los que se puede observar la realidad jurídica relativa a la presunción de legitimidad frente a los vicios manifiestos presentes en un acto administrativo irregular en Ecuador.

#### 4. PRESUNCIÓN DE LEGITIMIDAD

Sobre la presunción de legitimidad debe destacarse su relatividad, pues es el administrador quien dota a un acto con este principio, basándose en los poderes que le fueron conferidos por la ley.<sup>19</sup> Así también, considerar a este carácter como absoluto presentaría un problema, pues sería posible que todo acto administrativo dictado con cualquier tipo de vicio se dé por legítimo y cambie la esfera jurídica de los particulares de acuerdo con lo que el administrador elija sin ninguna consideración adicional.

En el mismo sentido, la doctrina ha sabido manifestar que en: “[...] la presunción de legitimidad importa una presunción de ‘regularidad’ del acto [...] no debe entenderse como sinónimo de perfección [...]”.<sup>20</sup> En tal sentido, se puede destacar que esta fuente del derecho admite que solo los actos regulares gozan de la presunción y los actos irregulares quedan desatendidos por la misma; sin embargo, el problema permanece latente en el ordenamiento ecuatoriano, ya que dos cuerpos normativos tratan el tema bajo dos perspectivas diferentes. El COA realiza la distinción entre actos regulares e irregulares y el COGEP no, dando como resultado la posibilidad de que en la vía judicial

17 Resolución n.º 249-2009, Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Contencioso Administrativo, 27 de julio de 2009, párr. 7.

18 Resolución n.º 24-2015, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 13 de enero de 2015, párr. 3.

19 Allan Brewer, *Acto administrativo: Estudios* (Santiago de Chile: Ediciones Olejnik, 2019), 108.

20 Dromi, *El acto administrativo*, 117-8.

todo tipo de actos administrativos gocen de la presunción de legitimidad y en la vía administrativa solo los actos regulares.

Además, debe destacarse que la relatividad de la presunción de legitimidad se ve reforzada por el propio ordenamiento, pues el COA admite que un acto solo será considerado válido mientras su nulidad no sea declarada.<sup>21</sup> La ley no se pronuncia sobre los actos inexistentes que, en resumen, son aquellos actos excepcionales incapaces de producir algún efecto para el administrado<sup>22</sup> y que, a fin de cuentas, pueden encasillarse como actos nulos con apenas consideraciones doctrinarias.

## 5. ACTOS ADMINISTRATIVOS REGULARES E IRREGULARES

Para comprender más sobre los diversos tipos de actos y la aplicabilidad de la presunción de legitimidad, es pertinente dividir a los actos administrativos en actos regulares e irregulares y subdividir a ambos grupos: actos válidos, anulables o de nulidad relativa pertenecientes a los actos regulares, y los nulos o de nulidad absoluta pertenecientes a los actos irregulares,<sup>23</sup> sin dejar de tomar en cuenta la posibilidad de encontrar un acto inexistente<sup>24</sup> o absurdo dentro del segundo grupo mencionado.

Sobre los actos válidos no queda más precisión que aquella en la que un acto cumple con todos los elementos de validez: competencia, objeto, voluntad, procedimiento y motivación, tal y como establece el artículo 99 del COA.<sup>25</sup> Todos estos elementos responden a cinco preguntas: en relación con la competencia, ¿quién emite el acto?; referente al objeto, ¿qué se decide en el acto?; conforme a la voluntad, ¿para qué fue emitido el acto?; respecto al procedimiento, ¿cómo fue emitido?; y como justificación a la razón de ser del acto referente a la motivación, ¿por qué? En ese sentido queda fuera de discusión la aplicabilidad de la presunción de legitimidad para este tipo de actos.

Para los demás actos, las causales de nulidad y su correspondiente clasificación en actos anulables, de nulidad absoluta y la criticada clasificación de actos inexistentes, se debe observar el artículo 105 del COA, que prescribe como actos nulos o de nulidad absoluta a ocho supuestos, al tratarse de vicios no convalidables. Por otro lado, el ordenamiento deja a criterio subjetivo aquellas situaciones no consideradas en el artículo 105, pues una inmensa cantidad de circunstancias pueden involucrar a un acto anulable o de nulidad relativa, que sí gozan de la presunción de legitimidad.

<sup>21</sup> Artículo 104, COA.

<sup>22</sup> Juan Pablo Aguilar, "La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados", *FORO: Revista de Derecho* 13 (2010): 58, <http://hdl.handle.net/10644/2893>.

<sup>23</sup> Dromi, *El acto administrativo*, 119.

<sup>24</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8, 297.

<sup>25</sup> Artículo 99, COA.

Para mayor detalle, el artículo 105 del COA<sup>26</sup> brinda varias precisiones: para el número 1 no cabe mayor explicación, ya que se deja claro que un acto será nulo cuando sea contrario a la CRE y a la ley; el número 2 abre el espacio a la desviación de poder, en donde un acto puede ser legal pero no cumple con una finalidad pública;<sup>27</sup> el número 3 se encuentra con la más común de las situaciones, respondiendo a un acto que se dictó sin competencia. El número 4 también responde a razones de competencia, pero en relación con el tiempo para ejercerla; el número 5 responde si un acto determina situaciones imposibles que consisten en un hecho que no puede realizarse conforme a las leyes de la naturaleza;<sup>28</sup> el número 6 responde cómo un acto termina siendo contrario a un acto administrativo presunto cuando se haya verificado un silencio administrativo positivo. El número 7 trata sobre un acto que se haya originado en hechos relativos a una infracción penal con sentencia judicial ejecutoriada; y, finalmente, el número 8 se refiere a un acto originado a partir de un acto de simple administración que tiene efectos indirectos.<sup>29</sup>

Además, se evidencian varias incongruencias en relación con el acto inexistente y el acto absurdo. Por un lado, se estaría contemplando la tesis de la inexistencia, relativa a la omisión de uno de los elementos constitutivos del acto. Por otro, la tesis de la validez de un acto absurdo desencadenaría en el conocido régimen de nulidad absoluta referente a un fallo o error en la emisión del acto; en ambos casos la aplicabilidad de la presunción de legitimidad sería inviable.

Para mayor entendimiento se ha desarrollado el siguiente esquema:

**Tabla 1. Aplicabilidad de la presunción de legitimidad**

Presunción de legitimidad	Actos administrativos regulares		Actos administrativos irregulares	
	Válidos	Anulables	Nulos (absurdos)	Inexistentes
	Aplica	Aplica	No aplica	No aplica

Fuente: Elaboración propia a partir de Dromi, *El acto administrativo*.<sup>30</sup>

Sobre cómo un administrado puede dejar de cumplir un acto manifiestamente viciado, existen dos posibilidades: si se argumenta que un acto administrativo

26 Artículo 105, COA.

27 Sentencia n.º 1241-CE-SEC2-EXP1993-N6575, Consejo de Estado de Colombia, Sección Segunda, 18 de junio de 1993, párr. 6.

28 Luis Parraguez, *Apuntes al Código Civil ecuatoriano: Teoría general de las obligaciones* (Loja: Universidad Técnica Particular de Loja, 1997), 106.

29 Roberto Dromi, *Derecho administrativo* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1997), 309.

30 Dromi, *El acto administrativo*, 129-30.

no existe, fácilmente un particular podría negarse a cumplir algo que no está en su esfera de comprensión y no puede englobar un cambio en su situación jurídica. Sin embargo, eso sería utópico, por lo menos hasta el planteamiento y la aprobación de una reforma que contemple consideraciones específicas referentes a una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, pues no se debe dejar de lado la posibilidad de que la Administración no considere al acto objeto de la controversia como un acto inexistente y sí como un acto con inclinación al régimen de nulidad.

En concordancia con lo anterior, si se trata de un acto nulo con vicios manifiestos, ¿cuáles son los parámetros en los que un particular podría negarse a cumplir con un acto administrativo manifiestamente viciado? A pesar de nuevos planteamientos, la respuesta ya conocida sería impugnar el acto y solicitar la suspensión de sus efectos; empero, esa solución ya la da el ordenamiento y solo cabe realizar mínimas consideraciones al respecto.

## 5.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPUGNACIÓN

El artículo 229 del COA prescribe que la presunción de legitimidad solo cabe en aquellos actos regulares. Luego se determina que la interposición de cualquier tipo de recurso sea administrativo o judicial, no suspende la ejecución del acto, a menos que el interesado lo solicite en un término de tres días y la Administración resuelva al respecto. Asimismo, el artículo establece que la suspensión solo cabe cuando la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación y cuando la impugnación del acto se fundamente en una causal de nulidad de pleno derecho,<sup>31</sup> lo que hace referencia a los ocho supuestos del artículo 105 del COA y a otras normas que rijan procedimientos especiales.

Una vez visto eso, se determina que la ley no estima que un acto administrativo irregular goce de la presunción de legitimidad, sea que se trate de un acto nulo o inexistente. También se evidencia que no se establece la posibilidad de suspender un acto inexistente a pesar de que un acto de tal naturaleza no podría ni debería generar efectos en el particular.

Por otro lado, el artículo 329 del COGEP amplía el espectro y dota de la presunción de legitimidad a todos los actos administrativos,<sup>32</sup> sean regulares o irregulares, a pesar de que solo los primeros deberían ser considerados para la aplicación de este carácter. Además, para solicitar la suspensión de un acto administrativo se debe observar el artículo 330 del COGEP, que prescribe como requisitos: una fundamentación con hechos y pruebas, que demuestren que el retardo en la decisión pueda afectar al particular de manera irremediable y

---

<sup>31</sup> Artículo 229, COA.

<sup>32</sup> Artículo 329, COGEP.

aparezca como justificado un indicio favorable para el particular que impugna el acto.<sup>33</sup> En tal razón, la ley para el proceso judicial es menos específica sobre la presunción de legitimidad y establece similares consideraciones para que un acto sea suspendido.

Regresando a cómo un particular podría negarse a cumplir un acto administrativo manifiestamente viciado, fácilmente se podría responder con una negativa a cumplir un acto que sea ilegal o arbitrario de manera evidente, atendiendo a las particularidades de cada caso. Sin embargo, esta situación involucraría una serie de consecuencias para el administrado si no se tiene respaldo legal para tal negativa. Por tal razón, antes de proponer casos específicos o requisitos a favor del administrado y, en concordancia con la temática de este trabajo, es necesario comprender qué representan los términos *arbitrariedad* e *ilegalidad* y cómo esto influye en la presunción de legitimidad de un acto administrativo.

## 6. VICIOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En este apartado se realizarán las consideraciones necesarias para empatar el contenido de la arbitrariedad, la ilegalidad y los vicios manifiestos con la presunción de legitimidad y si esta es aplicable a cada uno de los contenidos enunciados. También es preciso recordar que dentro de la realidad ecuatoriana cada uno de los elementos mencionados se regirían bajo el régimen de nulidad o incluso bajo la teoría del acto inexistente; sin embargo, como se ha explicado en párrafos anteriores, las consecuencias serían las mismas y por tal razón solo se tendría precisión en las bases del acto administrativo viciado.

### 6.1. ARBITRARIEDAD

Sobre la arbitrariedad, cabe destacar que ha sido definida como la antítesis de lo motivado, lo opuesto de lo justo y lo discrecional. Dentro de este campo se pueden encontrar diversas situaciones, como actos que omiten decidir, actos ilógicos, actos sin motivación, entre otras.<sup>34</sup> La arbitrariedad puede ser vista en varios aspectos, por ejemplo, un acto que decide sobre algo que no ha sido sometido a una decisión, un acto que omitió aspectos al resolver o actos que prescindieron de hechos probados o que se fundan en hechos no probados como su razón de ser.<sup>35</sup>

Un acto administrativo es arbitrario porque considera todo menos lo importante, no vela por el interés general y cambia la situación del particular —sea de forma favorable o desfavorable— omitiendo la motivación, prescindiendo

<sup>33</sup> Artículo 330, COGEP.

<sup>34</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8, 329.

<sup>35</sup> *Ibid.*, 330.

de hechos, decidiendo sobre algo no solicitado, entre otras cosas. En tal sentido se presentan los siguientes ejemplos: un acto que no consideró la presentación de una solicitud de registro de una marca previa en el proceso de registro de otra nueva y se omitió considerar este aspecto para otorgar el registro de la segunda; sancionar a un particular sin tener hechos probados y emitirle una multa; la falta de procedimiento para otorgar una licencia de construcción, entre otros casos.

Dejando de lado la común percepción de arbitrariedad, y con motivo de justificar la amplia participación de este tópico en la realidad de la Administración, Gordillo ha sabido destacar:

La ley está rodeada de una serie de garantías que evitan en gran medida la comisión de muy frecuentes arbitrariedades: está la discusión o debate parlamentario, la votación de los distintos sectores políticos, la posibilidad de un veto o de su promulgación por el Poder Ejecutivo, etc.

En cambio, el acto administrativo puede ser, y frecuentemente es, producto de la sola voluntad de un individuo aislado que por ocupar un cargo o desempeñar una función adopta por sí una determinada resolución; reconocer igual presunción que la de la ley, como para exigir su inmediato cumplimiento, a cualquier acto de cualquier agente estatal que sin información ni dictamen jurídico, sin consulta, sin discusión ni debate alguno, sin fundamentación normativa ni fáctica, emita, es consagrar el imperio de la arbitrariedad.<sup>36</sup>

Una vez considerado esto, es justo determinar que la arbitrariedad no siempre encuentra espacio en la Administración para el beneficio de ciertos particulares, si no que muchas veces es la única vía para cumplir con su cometido. La arbitrariedad está presente en la realidad de todos los ciudadanos, en los particulares o en aquellos individuos que forman parte importante de la Administración. Sin embargo, la arbitrariedad no debería tener cabida, pues puede significar una grave vulneración a los derechos de los administrados por el simple hecho de cumplir con los fines sin considerar los medios. Debe recordarse que los actos administrativos cumplen con la voluntad de la ley y no de la Administración.<sup>37</sup> La Administración debe cumplir con las finalidades de la ley y, si su actuar se basa en la arbitrariedad, fácilmente puede ser considerada una mala administración en lo relativo a su gestión.

<sup>36</sup> *Ibid.*, 249.

<sup>37</sup> *Ciro Nolberto Güechá, "La noción de acto administrativo: un análisis desde la discrecionalidad de la Administración"* *Revista de Opinión Jurídica de Medellín* 16, n.º 31 (2017): 33 <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a1>.

## 6.2. ILEGALIDAD

La ilegalidad involucra cometer una infracción en el ordenamiento jurídico,<sup>38</sup> estar en contra de lo prescrito en la ley y actuar haciendo caso omiso a su contenido. Por tal razón se pueden evidenciar varios problemas relativos al objeto, la competencia, la voluntad y la forma.<sup>39</sup> Cuando se habla de ilegalidad se puede referir a un acto con un objeto prohibido, un acto dictado sin competencia, un acto que ha incumplido con las formas, entre otros supuestos.

Asimismo, es preciso determinar que la actuación de la Administración se ve fundamentada en el principio de legalidad, pues los mismos poderes públicos afirman la vigencia de este principio ya que, si se observan violaciones al mismo, el ordenamiento por sí mismo encontrará el remedio a través de recursos administrativos y judiciales.<sup>40</sup> Es evidente que, en la cotidianidad de un Estado, todos sus agentes deben realizar sus actuaciones con dirección a la ley y al principio de legalidad como tal. En ese sentido, Albuja dice:

[...] la observancia del principio de legalidad constituye uno de los más importantes principios del derecho administrativo y sobre el cual se asienta, por así decirlo, la esencia misma del derecho público y del inmenso mundo de la normativa que regula las relaciones entre el Estado y los administrados en sus diversos aspectos.<sup>41</sup>

Es preciso detallar ciertos ámbitos, pues son varios los campos en los que se puede observar la ilegalidad de un acto administrativo y su relación con la presunción de legitimidad. En este sentido, sirven los elementos de un acto administrativo y los respectivos supuestos del objeto, la competencia, la voluntad, el procedimiento y la motivación.

El acto administrativo con objeto ilegal se puede referir a uno prohibido por la ley, uno con una ley invocada que no es aplicable al caso concreto, uno con contenido impreciso, uno con imposibilidad de hecho, entre otros.<sup>42</sup> Se puede invocar la falta de competencia por razón de grado, materia, territorio y tiempo.<sup>43</sup> En cuanto a la voluntad, se pueden encontrar desviaciones a los fines de la Administración.<sup>44</sup> Finalmente, sobre el procedimiento y la motivación, se debe hacer referencia a lo establecido en el artículo 100 del COA y a lo expuesto en acápites anteriores sobre la arbitrariedad.

38 José María Boquera Oliver, "Grados de ilegalidad del acto administrativo", *Revista de Administración Pública* 100-102 (1983): 1003.

39 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 8, 297.

40 Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, tomo 4 (Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2016), 34.

41 Francisco Albuja, "La acción ordinaria de protección como mecanismo de impugnación de actos administrativos: Límites entre constitucionalidad y legalidad" (tesis de maestría, Universidad San Francisco de Quito, 2016), 34.

42 Gordillo, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, t. 4, 298.

43 *Ibid.*, 315.

44 *Ibid.*, 316.

En relación con los vicios del objeto, los cuatro supuestos enunciados en el párrafo anterior y considerando las causales de nulidad del acto administrativo del artículo 105 del COA, se ha desarrollado la siguiente tabla:

**Tabla 2. Vicios en el objeto**

Tipos de vicios	Consecuencia
Prohibido	Nulidad o inexistencia
Ley invocada no aplicable al caso	Nulidad o inexistencia
Contenido impreciso	Nulidad o inexistencia
Imposibilidad de hecho	Inexistencia

Elaboración propia a partir de Agustín Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*.<sup>45</sup>

Una vez visto esto, es claro que, en relación con el objeto, solo se trataría de actos administrativos irregulares. En tal razón, la presunción de legitimidad no sería aplicable. Ahora, en relación con los vicios sobre la competencia, cabe especificar que en razón de materia, territorio o tiempo se hablaría de un acto nulo; y en razón del grado se trataría de un acto administrativo anulable o de nulidad relativa. A continuación el detalle:

**Tabla 3. Vicios en la competencia**

Tipo de incompetencia	Consecuencia
Materia	Nulidad o inexistencia
Territorio	Nulidad o inexistencia
Tiempo	Nulidad o inexistencia
Grado	Inexistencia

Elaboración propia a partir de Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*<sup>46</sup> y el artículo 105 del COA.<sup>47</sup>

<sup>45</sup> Ibid., 309.

<sup>46</sup> Gordillo, *Tratado de derecho administrativo*, 315.

<sup>47</sup> Artículo 105, COA.

De este modo, en relación con un acto con vicios referentes a la competencia, se puede observar que si existe un vicio en relación a la materia, el territorio o el tiempo, se hablaría de un acto administrativo irregular, al tratarse de un acto viciado con consecuencias de nulidad absoluta o de inexistencia. A consecuencia de esto, la presunción de legitimidad no sería aplicable. Por otro lado, si se trata de una incompetencia en razón del grado, se trataría de un acto convalidable y se podría estimar que se trata de un acto regular. Consecuentemente, la presunción de legitimidad sí le sería aplicable.

### 6.3. VICIOS MANIFIESTOS

Una vez tratado los temas de arbitrariedad e ilegalidad de los actos administrativos frente a la presunción de legitimidad como unos de sus caracteres esenciales, es importante plantearse la siguiente pregunta: ¿qué ocurre cuando la arbitrariedad y la ilegalidad son manifiestas? Para responder Cassagne propone lo siguiente:

La nulidad manifiesta se configura cuando el vicio que porta el acto administrativo surge en forma patente y notoria del mismo, sin necesidad de que deba realizarse una investigación de hecho para comprobar su existencia. Por el contrario, si para arribar a tal resultado, fuere preciso efectuar una indagación de hecho en razón de que el vicio no surge palmariamente del propio acto, la nulidad es no manifiesta.<sup>48</sup>

Visto esto, lo manifiesto aparece cuando no se necesita una investigación de hecho para corroborar el vicio, mientras que lo no manifiesto necesita investigaciones y consideraciones adicionales. Sin embargo, la subjetividad entra en el debate, ya que lo que es evidente para uno puede significar lo contrario para otro. Además, debe añadirse la presunción de legitimidad a la ecuación, pues impone una situación de suma importancia:

[...] ante una lesión por violación de los derechos y garantías constitucionales derivadas de un acto ilegítimo o arbitrario de vicio manifiesto, se producen consecuencias o efectos jurídicos de fondo y forma sumamente importantes, puesto que el acto administrativo queda despojado de su presunción de legitimidad.<sup>49</sup>

En este sentido, una vez observadas las diversas posibilidades en las que se puede encontrar un vicio del acto administrativo, y sumando el hecho de que este vicio sea manifiesto, se tendría un resultado indiscutible: la presunción de legitimidad no sería aplicable, pues tanto los errores sustantivos como los errores adjetivos se han visto vulnerados en un supuesto de este estilo. Además, al haber analizado previamente los argumentos referentes a la clasificación de

<sup>48</sup> Cassagne, *El acto administrativo*, 224.

<sup>49</sup> Daniel Nallar, y Jorge Viltés, *Teoría general del acto y el procedimiento administrativo: Análisis doctrinario y jurisprudencial de las leyes 5348 (Salta) y 19549 (Nación)* (Salta: EUCASA, 2017), 233.

los actos, la aplicabilidad de la presunción de legitimidad en general y que solo los actos administrativos regulares gozan de esta presunción, el conflicto parece estar solucionado.

## 7. REALIDAD ECUATORIANA

Con el fin de validar todos los argumentos expuestos en razón de la realidad ecuatoriana, se ha realizado el análisis de varias sentencias. En este ejercicio se pretende confirmar, por medio de la jurisprudencia, la importancia de la distinción entre actos administrativos regulares e irregulares y la aplicabilidad o inaplicabilidad de la presunción de legitimidad a los mismos. Al respecto, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar un criterio similar en diversos casos.

Sobre los actos administrativos regulares la jurisprudencia ha destacado lo siguiente: “[...] se entiende por acto administrativo regular aquél merecedor de la protección jurídica que se desprende de la presunción de legitimidad, por no contener vicios invaliables, que ordinariamente se han de presentar de manera manifiesta”.<sup>50</sup> En este sentido, aquí se reafirma que los actos irregulares no pueden gozar de la presunción de legitimidad al tener vicios no convalidables.

Más aún, en el caso n.º 0091-2009, la ex Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha manifestado lo siguiente sobre los actos regulares: “[...] que no contenga[n] vicios invaliables que generen su nulidad de pleno derecho, y que tales vicios no se presenten de manera manifiesta”.<sup>51</sup> Por descarte, los vicios convalidables pueden formar parte de los actos regulares y los vicios invaliables no deben ser considerados si se habla de un acto administrativo regular, pues los segundos pertenecen a los actos administrativos irregulares.

Al hablar de manera específica y conjunta de los actos regulares e irregulares, cabe destacar el caso n.º 0450-2012, referente a la restitución de funciones de una servidora pública, en el que la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia manifestó:

[...] un acto administrativo es regular cuando cumple formalmente los requisitos establecidos en la ley para su validez, es decir, es aquel que goza de la presunción de legitimidad, por lo que la administración no puede revocarlo por sí misma. Por el contrario, son actos administrativos irregulares, aquellos actos que contienen

50 Resolución n.º 823-2014, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 13 de noviembre de 2014, párr. 3.5.

51 Resolución n.º 91-2009, Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Contencioso Administrativo, 7 de abril de 2009, párr. 4.

vicios que no son susceptibles de convalidación, como, por ejemplo, aquellos actos dictados por autoridad manifiestamente incompetente, los que se producen como consecuencia de una violación al procedimiento que causa un gravamen irreparable o influyen en la decisión del asunto, así como también, los actos cuyo contenido se encuentra expresamente prohibido por la ley.<sup>52</sup>

En tal sentido, la Sala ha recogido los criterios ya expuestos a lo largo de este trabajo para determinar cuándo aplica o no la presunción de legitimidad, otorgando una clasificación y definición de los tipos de actos administrativos que existen y cuáles son sus diferencias. También se hace referencia a la incompetencia manifiesta, a la violación del procedimiento y al acto con objeto prohibido por ley como tres de los principales supuestos en los que se puede observar un vicio manifiesto y la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad.

Sobre otro caso referente a la reintegración de funciones de un servidor público, dentro del proceso n.º 0489-2014, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia aplica el mismo criterio utilizado en el caso n.º 0450-2012 en lo referente a la clasificación de los actos y la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad en los actos irregulares detallados previamente. Sin embargo, es preciso acotar que también se deja en claro el reconocimiento de los actos inexistentes y se los integra en el grupo de aquellos actos de nulidad absoluta. Al respecto: “[...] es lógico suponer que no son capaces de surtir efecto alguno, ya que son nulos y, por lo tanto, inexistentes. Al ser inexistentes, son incapaces de producir efectos jurídicos válidos y, por consiguiente, incapaces de reconocer u otorgar derechos a favor de persona alguna”.<sup>53</sup>

De esta forma se evidencia que, si un acto es considerado nulo, puede también considerarse inexistente. Así, se determina que tanto en la teoría como en la práctica, el que un acto irregular sea considerado como absurdo o inexistente, también implica que el acto no goce de la presunción de legitimidad, pues reconocer derechos o imponer obligaciones solo puede darse a partir de un acto administrativo regular.

También se puede evidenciar una sentencia emitida por los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, quienes, a partir de Gordillo y García de Enterría, han sabido manifestar:

[...] de las doctrinas citadas, se concluye entonces que el acto administrativo inexistente es admitido como el que no reúne los elementos constitutivos del mismo y en ausencia de los cuales, es lógicamente imposible concebir su existencia, faltándole

52 Resolución n.º 0752-2016, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 20 de junio de 2016, párr. 2.3.

53 Resolución n.º 50-2017, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 11 de enero de 2017, párr. 2.3.

de manera grosera, evidente y manifiesta los elementos del acto administrativo, lo trae como consecuencia que nunca va a gozar del privilegio de la ejecutividad y puede ser simplemente desconocido por el particular y la Administración.<sup>54</sup>

Visto esto, se deja abierta una posibilidad de referirse a la doctrina como fuente del Derecho para percibir a un acto inexistente como una clasificación aparte de un acto nulo y, consecuentemente, negarse a cumplir con el contenido de un acto de tal naturaleza.

En síntesis, todo lo analizado en acápite anteriores tiene sentido con la jurisprudencia ecuatoriana. Sin embargo, la pregunta principal del presente trabajo no ha sido respondida del todo. ¿Cómo puede un particular negarse a cumplir con lo establecido en un acto administrativo que se encuentra manifiestamente viciado?

Primero, se debe recordar lo expuesto por Cassagne: si no se requiere una investigación de hecho, el vicio será manifiesto; mientras que si se requiere de un análisis exhaustivo y detallado sobre la situación, el vicio no será manifiesto.<sup>55</sup> Segundo, el vicio puede referirse a la ilegalidad y la arbitrariedad, donde se evidencia un punto de diferencia difuso, pero con ciertas particularidades. Tercero, el ordenamiento ya propone soluciones al conflicto en relación con la nulidad o anulabilidad de un acto, y debe recordarse que si se trata de un acto administrativo con un vicio manifiesto la presunción de legitimidad no es aplicable.

Una vez visto esto, se debe recordar la diferencia de la presunción de legitimidad del COA y del COGEP, pues el primero establece que solo los actos regulares gozan de la presunción y el segundo la hace aplicable para todo tipo de actos. En tal sentido, en vía administrativa se podría argumentar lo referente a cómo el acto en cuestión es irregular por tener un vicio manifiesto y de esta forma se podría suspender o incluso dejar de considerar la existencia del acto; mientras que en la vía judicial, a pesar de que se reconoce que todos los actos gozan de la presunción, se debería optar por un cambio legislativo en el que se aclare esta cuestión. De todas maneras, una reforma normativa que puntualice que, en sede judicial, la presunción de legitimidad de los actos solo aplica a los actos regulares le brindaría claridad a los administrados para negarse a cumplir con un acto administrativo irregular.

54 Causa n.º 09802-2017-00516, Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en el cantón Guayaquil, 24 de enero de 2018.

55 Cassagne, *El acto administrativo*, 224.

## 7.1. EL ORDENAMIENTO ARGENTINO COMO UNA ALTERNATIVA AL CONFLICTO

En cualquier caso, el ordenamiento argentino propone otra posible solución referente a esta problemática, en la que la Ley de Acción de Amparo, Ley 16.986, evidencia una serie de requisitos que podrían ser aplicados en Ecuador si se observa una arbitrariedad o ilegalidad manifiesta dentro de un acto administrativo.

Sobre consideraciones generales, la Ley 16.986, en su artículo 1, trata la admisibilidad de la acción de amparo ante un acto o una omisión que lesione, restrinja, altere o amenace derechos y garantías con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, sea de forma actual o inminente.<sup>56</sup> El artículo siguiente establece los casos en que la acción no será admitida: existencia de otros recursos o remedios judiciales o administrativos, que el acto haya sido dictado por un órgano del poder judicial, cuando la intervención judicial afecte la prestación de un servicio público, cuando la demanda haya sido presentada fuera de término y cuando sea imposible determinar la invalidez del acto ya que se necesita más pruebas, mayor debate o amplio conocimiento del derecho,<sup>57</sup> situación que refuerza lo establecido por Cassagne sobre qué puede ser considerado manifiesto o no.<sup>58</sup>

En el mismo marco, la Ley 16.986, en su artículo 4, establece quién es el juez competente para conocer la acción,<sup>59</sup> su artículo 5 trata sobre la legitimación activa de la acción,<sup>60</sup> su artículo 6 habla sobre los requisitos de la demanda<sup>61</sup> y los artículos siguientes, sobre otras normas procesales. Sin embargo, en su artículo 8 se plantea una particularidad para cualquier tipo de acción: que el juez, una vez admitida la acción a trámite, solicitará a la autoridad cuestionada emitir un informe sobre los antecedentes de la medida o el acto impugnado y, en caso de ser omitido este punto, se configurará una causa para la nulidad del proceso.<sup>62</sup>

Con esto, una medida efectiva que puede ayudar al administrado al enfrentar un acto administrativo con vicios manifiestos es que el juez, una vez admitida a trámite la demanda, solicite a la autoridad emisora del acto la fundamentación sobre por qué algo manifiestamente viciado no lo es. De esta forma la carga de la prueba se invierte y quien tiene que probar que algo no es ilegal o arbitrario de manera manifiesta debe ser la propia Administración. En síntesis, se trataría de una situación en la que el administrador deba probar que su acto

56 Artículo 1, Ley 16.986 [Ley de Acción de Amparo]. B. O. Argentina, 20 de octubre de 1966.

57 Artículo 2, Ley 16.986.

58 Ver Cassagne, *El acto administrativo*, 224.

59 Artículo 4, Ley 16.986.

60 Id., artículo 5.

61 Id., artículo 6.

62 Id., artículo 8.

administrativo está en concordancia con el ordenamiento. Lo mismo podría aplicarse en el tratamiento de un recurso administrativo, se hable de un recurso de apelación o revisión, dependiendo del caso y sus variables.

Con todo lo explicado, no hay que dejar de lado que la ya complicada gestión de la Administración se vería mucho más afectada, pues si se le priva de la presunción de legitimidad, se le quitaría una facultad que le ha permitido desarrollar y cumplir con su fin de manera, por lo menos, aceptable. El retraso en las decisiones o la sola observancia de exámenes a cada uno de los actos emitidos significaría un retroceso injustificado para el normal actuar del Estado y sus ciudadanos. Por todo esto, la solicitud de fundamentación adicional de un acto administrativo solo sería aplicable para los actos irregulares, sobre todo si se trata de actos manifiestamente viciados.

## 8. CONCLUSIONES

La Administración necesita valerse de la presunción de legitimidad para ejercer sus funciones y así cumplir con su fin; sin embargo, es claro que a este principio se lo debe tomar como relativo, pues quienes forman parte de la Administración son personas con intereses contrapuestos y eso puede influir en muchos casos de arbitrariedad o ilegalidad. Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia usada a lo largo del presente trabajo ha sabido afirmar la relatividad del principio y al mismo tiempo ha sabido establecer que este principio solo es aplicable a los actos administrativos regulares.

En el mismo sentido, ha sido de vital importancia comprender la clasificación de los actos administrativos regulares e irregulares para reconocer que la normativa ecuatoriana tiene varias incongruencias. Por un lado, cuando se habla del ámbito judicial, el COGEP establece que todos los actos gozan de la presunción de legitimidad, mientras que, en el ámbito administrativo, el COA solo dota de esta presunción a los actos regulares, dejando un vacío sobre el manejo de los actos irregulares cuando se trata con el poder judicial del Estado. Se ha evidenciado una deficiencia legislativa, pues una norma excluye la presunción de legitimidad de los actos irregulares y otra no.

Por otro lado, el COA establece que los actos serán válidos mientras su invalidez no sea declarada, pero también refiere que la presunción de legitimidad solo es aplicable a los actos regulares. De este modo, bajo lo establecido en la ley, cualquier tipo de acto administrativo se tendrá como válido así se trate de un acto irregular en cualquiera de sus categorías. Empero, se observa una contradicción, dado que, si todos los actos son válidos desde su concepción y solo serán nulos a partir de una declaración de nulidad, prescribir que solo los actos regulares gozan de la presunción de legitimidad cuestiona el concepto de

validez o invalidez de los actos y refuerza el argumento de que no es aplicable la presunción de legitimidad a los actos irregulares.

En tal sentido, se debería hacer énfasis en cómo los diversos cuerpos normativos tratan a la presunción de legitimidad, pues aclarar estos temas podría influir de manera acertada en cómo se manejan aspectos relativos a las ocho causales de nulidad, la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad y lo referente a la nulidad una vez declarada como tal.

Ahora, respecto a la clasificación de los actos administrativos, se ha observado que en la aplicación de la presunción de legitimidad para los actos administrativos regulares no existe debate. Se trata de actos con eficacia plena y actos de eficacia convalidable, en los que se puede evidenciar toda clase de actos que no involucren a aquellos listados en el artículo 105 del COA y no se trate de la incompetencia en razón del grado.

En otro sentido, sobre los actos administrativos irregulares y la inaplicabilidad de la presunción de legitimidad, sea bajo el trato de la nulidad o la tesis del acto inexistente, es preciso asentar que, indistintamente de la tesis escogida, ninguna permitiría hablar de actos regulares y no sería aplicable la presunción de legitimidad. En tal razón, omitir uno de los elementos constitutivos del acto o tener un fallo o error en su emisión tendría las mismas consecuencias.

No se debe dejar de considerar que la teoría más aceptada por varios autores es la conocida nulidad absoluta, por la cual el COA acepta ocho causales de nulidad de un acto administrativo haciendo referencia implícita a los actos irregulares. Mientras que, sobre los supuestos de nulidad no considerados en el COA, deben tomarse como actos convalidables y en consecuencia como actos regulares, a los que sí les es aplicable la presunción de legitimidad.

Bajo otra línea argumentativa, en referencia a los vicios del acto administrativo, se debe expresar que la arbitrariedad y la ilegalidad son temas que pueden ser entendidos de mejor manera si se los complementa con la clasificación de los actos administrativos en regulares e irregulares. Una vez visto esto, la conclusión es la misma, la presunción de legitimidad solo es aplicable para los actos administrativos regulares. En cualquier caso, debe hacerse especial mención a los vicios manifiestos del acto administrativo. En ese sentido, para hablar de un vicio manifiesto debe reconocerse que se trataría de un vicio evidente, del cual no se necesite mayor investigación o análisis para determinar si existe o no.

Por lo analizado, el problema permanece latente, pero la respuesta más sencilla sería no entrar en consideraciones tan detalladas y seguir con lo ya establecido por el ordenamiento: impugnar el acto, solicitar su suspensión y, de obtener

una decisión favorable, solventar el problema. Sin embargo, optar por esa vía no es del todo pertinente, pues un vicio manifiesto entraría en la categoría de acto irregular y, en tal sentido, la presunción de legitimidad no le sería aplicable. Asimismo, ningún administrado debería realizar lo que establezca un acto administrativo irregular, mucho menos si tiene un vicio manifiesto para los ojos de cualquier persona; pues no solo se vulnerarían los derechos del administrado, sino también se dejarían de lado las obligaciones del administrador. De cualquier forma, se conoce que el acto administrativo es válido mientras su nulidad no sea declarada. Así también se tiene en cuenta la existencia de la impugnación y de la suspensión del acto administrativo, pero debe dejarse en claro que entre el ser y el deber ser de los temas debatidos se podría dar paso a graves afectaciones para los ciudadanos. Entre el tiempo para solicitar la suspensión de un acto impugnado y la respuesta de esta solicitud, en caso de haberla, los derechos de un particular pueden verse afectados de gran manera y muchas veces la situación no puede retrotraerse al estado anterior de la existencia y notificación de un acto manifiestamente viciado.

Por tales razones, se recomienda una reforma a la suspensión del acto, tanto en la norma para sede administrativa como judicial.

En lo referente al COA, se plantea una reforma que considere la suspensión del acto hasta que se resuelva el caso, por lo menos en aquellos procedimientos en los que se pueda perjudicar al administrado, siempre y cuando se trate de un vicio manifiesto y no se dé cabida a consideraciones subjetivas. Por otro lado, en relación con el COGEP, se propone limitar la presunción de legitimidad a los actos regulares y considerar la suspensión de un acto manifiestamente viciado una vez presentada la demanda, contemplando una serie de requisitos por la premura o gravedad de la situación. Ambos supuestos bajo la consideración de que se trate de actos de gravamen para el administrado y sean manifiestamente viciados, con la finalidad de proteger al ciudadano de efectos sin fuente o asidero jurídico.

Bajo la misma línea argumental, a partir de la jurisprudencia ecuatoriana, ha sido posible afirmar todos los argumentos referentes a la presunción de legitimidad, su inaplicabilidad cuando se trata de actos administrativos irregulares y la clara inaplicabilidad de la presunción cuando se trata de un acto administrativo manifiestamente viciado.

Ahora, sobre cómo un particular puede negarse a cumplir con acto manifiestamente viciado, se propone lo siguiente: si se trata de una resolución o un acto sin motivación, la negativa deberá basarse en una interpretación literal del artículo 76, numeral 7, literal l y del artículo 424 de la CRE. Se observaría una circunstancia arbitraria, sin hechos comprobados, sin pruebas y/o sin

procedimiento. De ese modo, la misma normativa daría por considerado a aquel acto como uno nulo y sin eficacia jurídica.

Bajo la perspectiva de la ilegalidad, tratándose de la falta de competencia o de un objeto viciado, que evidencia de mejor manera cómo una autoridad incompetente ha dictado un acto administrativo que no le incumbe o que está prohibido por la ley, se deberá manifestar que la presunción de legitimidad solo le es aplicable a los actos regulares y, por lo tanto, el acto estará sujeto a cuestionamientos sobre su procedencia, lo que este decide, por qué decide de esa forma y, sobre todo, si cumplió o no con todos los requisitos al ser emitido.

Sin embargo, lo que deba hacer un particular en su negativa a realizar lo que establece un acto manifiestamente viciado puede traer varios problemas. En cualquier caso su situación jurídica cambiará, pues el acto será válido mientras no se determine lo contrario y deberá cumplirse a partir de su notificación. Para ojos de todos el acto puede ser irregular, absurdo o inexistente, pero la ley es clara a pesar de su omisión y falencia. Por todo esto, se debería tener consideraciones más específicas y detalladas frente a un acto administrativo manifiestamente viciado.

En tal razón, se propone un cambio al COGEP en el que se especifique que solo los actos administrativos regulares tienen la presunción de legitimidad a su favor y, en relación con el COA, un tenor adicional que prescriba que un acto manifiestamente viciado es un acto irregular y no puede gozar de la presunción de legitimidad.

Del mismo modo, sobre la base del ordenamiento argentino se puede proponer que, en caso de existir arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en un acto administrativo, quien sea responsable de demostrar la validez de un acto manifiestamente viciado sea el administrador, situación en la que se defendería de manera más eficiente al administrado y solo se le pediría al administrador fundamentaciones respecto a alguna omisión, fallo o error. En síntesis, el ordenamiento argentino propone darle una carga más al administrador y así otorgarle un alivio al administrado.

Por último, queda claro que la presunción de legitimidad ha sido de gran ayuda para que la Administración cumpla con sus fines, pero debe tenerse en cuenta que, en variadas ocasiones, el administrador ha desviado el fin último para seguir cumpliendo con el fin sin considerar los medios o, simplemente, para beneficio de determinados particulares.

En este sentido, atacar a la presunción de legitimidad puede ser de gran ayuda para proteger los derechos de los administrados, pero, por otra parte,

imponerle más cargas a la Administración implicaría mayor retardo en las decisiones, más vulneraciones de derechos por temas de tiempo y menor efectividad en la toma de decisiones.

El ordenamiento ya plantea una solución al tema de manera general, no obstante, se ha observado una clara contradicción en cómo se puede defender de mejor manera a un particular afectando la carga de trabajo del administrador. Empero, retrasar a la Administración resultaría contraproducente, ya que se afectaría a la finalidad pública que vela por el beneficio de todos los ciudadanos y no solo el beneficio de unos cuantos.