

El Principio de Irretroactividad en materia administrativa

María de Lourdes Tamariz Aguilar
Josselyn Nicolle Giler Vélez

Resumen

El presente artículo efectúa un análisis del principio de irretroactividad contemplado en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano desde un enfoque del derecho administrativo en donde adquiere una connotación particular en relación directa con las características, principios y fines propios de toda actuación pública del Estado al brindar servicios en beneficio de la colectividad. Si bien, este principio se considera la regla general de todo el ordenamiento jurídico; sin embargo, en ciertas situaciones concretas es la propia ley la que faculta expresamente su aplicación retroactiva tanto de actos administrativos cuanto, de normas jurídicas en garantía y resguardo de los derechos adquiridos por particulares, evitando de este modo una posible vulneración de los mismos. Finalmente, por su vínculo directo con la retroactividad se efectúa un estudio de la nulidad de pleno derecho y de la anulabilidad o revocatoria de los actos administrativos; de sus efectos y de la figura jurídica de la lesividad analizando su aplicación al amparo del marco jurídico.

Abstract

This article analyzes the principle of non-retroactivity contemplated in the Ecuadorian Legal System from approach of administrative law where it acquires a particular connotation in direct relation to the characteristics, principles and purposes of all public action of the State when providing services in benefit of the community. Although this principle is considered the general rule of the entire legal system; however, in certain specific situations it is the own law that expressly authorizes its retroactive application for administrative acts and legal norms in guarantee and protection of the rights acquired by individuals, to avoiding a possible violation of the same. Finally, due to its direct connection with retroactivity, a study of the full nullity and the nullity or revocation of administrative; of its effects and of the legal figure of harmfulness analyzing its application under the legal framework.

Palabras clave

Legalidad, Juridicidad, Seguridad Jurídica, Irretroactividad, Nulidad, Lesividad.

Keywords

Legality, legal security, non-retroactivity, nullity, harmfulness.

Introducción

Si bien, la irretroactividad es aplicable a todas las áreas del derecho, este estudio se enfocará particularmente en el ámbito del Derecho Administrativo área en la que, asimismo, por regla general, tanto normas como actuaciones estatales producen efectos hacia el futuro; no obstante, debido a sus particularidades, al fin mismo que persigue la administración, a principios como el de seguridad jurídica, legalidad y juridicidad y a los efectos propios de la nulidad, en ciertos casos expresamente es necesaria su aplicación retroactiva.

El presente artículo analiza al principio fundamental de irretroactividad contemplado en el Ordenamiento Jurídico Ecuatoriano en base a criterios y opiniones doctrinarias de varios autores relevantes en materia administrativa, cuyo valioso aporte ha permitido efectuar una compilación de información para lograr un análisis de esta figura legal y entender cuál sería su correcta aplicación a la luz de los principios y garantías fundamentales.

Metodología

Para el desarrollo de este trabajo se emplearon métodos lógicos, inductivos y deductivos con el propósito de, partir de las generalidades y poder visualizar y analizar los aspectos que individualizan y caracterizan a este principio en materia administrativa ecuatoriana. Asimismo, se utilizaron, el método histórico y el bibliográfico para poder obtener un cúmulo de información que abastezca nuestro tema en base a numerosas opiniones doctrinarias y se recurrió al método de interpretación legal, para analizar las normas que dieron luz a esta figura jurídica y entender cómo surgió la misma, determinando su finalidad y el objetivo de su creación.

Irretroactividad

Reconocido en el artículo 7 del Código Civil ecuatoriano y avalado por el texto constitucional, el principio de irretroactividad constituye la regla general de todo el orden jurídico e implica la aplicación normativa a futuro; es decir, en la esfera del derecho, la ley solo rige para lo venidero y no tiene efecto retroactivo²³. Tomando el significado semántico del vocablo retroactividad; éste es entendido como “la aplicación de una norma a hechos y situaciones anteriores a su entrada en vigor o a actos y negocios jurídicos” de tal manera que, la irretroactividad conlleva, precisamente, la falta de retroactividad²⁴.

En materia jurídica, la irretroactividad es un principio primordial y universal cuyo origen se remonta al derecho canónico y se refiere a la prohibición o impedimento de aplicar una norma a sucesos acaecidos con anterioridad a su promulgación, con el propósito de evitar que las leyes produzcan efectos hacia atrás en el tiempo, ocasionando con ello vulneración a los derechos de particulares. Asimismo, su objetivo se encamina a proporcionar confianza y seguridad en leyes claras, conocidas previamente, generando certeza de cuáles son los límites del marco de actuación dentro del ordenamiento jurídico vigente. La irretroactividad de la ley implica entonces, que una ley pueda ser aplicada a un hecho en concreto, únicamente desde su entrada en vigor.

Para entender el alcance y la relación de este principio con otros del derecho, cabe señalar lo previsto en el artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador que reconoce el principio de Seguridad Jurídica como aquel que se fundamenta en el respeto a la Carta Magna y al ordenamiento jurídico en general, con la existencia de normas jurídicas determinadas, previas, claras y públicas. Por su lado, el artículo 226 dispone a todas las Instituciones del Estado, sus organismos y dependencias, servidoras o servidores públicos, ejercer solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y en la ley; en concordancia con el art. 22 del Código Orgánico Administrativo que señala como principios fundamentales en todo actuar público, la seguridad, la certeza, previsibilidad y la confianza.

²³. Ecuador, Código Civil, 24 de junio de 2005, Registro Oficial Suplemento 46. Art. 7.

²⁴. Real Academia Española, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, 23 ed., [Versión 23.5 en línea], <https://dle.rae.es>

Íntimamente relacionados con el principio de seguridad jurídica están, los de legalidad y juridicidad, que además se miran a la luz del primero en tanto, su aplicación está impregnada de una lógica sustentada en la justificación de esta seguridad legal aplicando de una manera literal y exegética las disposiciones normativas y las fuentes del derecho, sin cabida a interpretaciones extensivas. Estos principios, pilares esenciales del Derecho Administrativo, implican entonces, el sometimiento irrestricto de toda conducta estatal al ordenamiento jurídico y al marco legal vigente en beneficio y protección de los intereses de la colectividad; presuponiendo así, que toda actuación Estatal es legítima, no vulnera derechos, ni es arbitraria o constituye abuso de poder, en tanto se observa esta sujeción a la norma.

Vale la pena recalcar que, conforme señala el tratadista Jorge Vélez García, estos principios tienen asidero cabalmente, en razón a considerar un acto como legítimo y ejecutable debido a que todos sus elementos, requisitos, procesos, fines, competencias y atribuciones se han respetado y cumplido de conformidad a la norma positiva²⁵. Tomando el criterio de Miguel Carbonell y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, el principio de irretroactividad es uno de los más antiguos del derecho y refleja la aspiración a la seguridad jurídica de un orden normativo que permita saber a qué leyes atenerse²⁶, es decir, que establezca con claridad y precisión “las reglas del juego”, sin que esta situación varíe sin previo aviso a futuro y sin que su mutación posterior genere perjuicios a los derechos de particulares.

En este contexto, es evidente la íntima relación que guarda la figura de la irretroactividad con los principios de legalidad, juridicidad, tipicidad y seguridad jurídica y; si bien, el art. 76 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador²⁷, reconoce al principio de irretroactividad desde un enfoque eminentemente sancionatorio y punitivo. Es importante reconocer que, es a través de la exégesis del principio de seguridad jurídica que se evidencia la necesidad de plasmar esta certeza y confianza en todo el orden jurídico vinculándolo con cada una de las áreas del derecho y, como veremos más adelante, en materia administrativa adquiere una connotación particular.

Retroactividad

A pesar de lo dicho, carecería de toda lógica un ordenamiento jurídico cuyas normas fueran absolutamente irretroactivas, situación que ocasionaría todo lo contrario al fin esperado; ocasionado que el derecho quede congelado en el tiempo y que sus disposiciones resulten en algún momento inaplicables a las realidades eventuales que se presenten, entorpeciendo de esta manera la tutela efectiva de derechos y la evolución propia y necesaria del sistema normativo.

Esta inminente necesidad de dar paso al dinamismo del derecho, que debe inexorablemente adaptarse y evolucionar a la par de las circunstancias jurídicas que se presenten en una determinada sociedad, constituye el pilar fundamental para dar paso a la figura de la retroactividad en ciertos supuestos con el propósito, justamente, de remediar situaciones injustas y acoplar las normas a nuevas visiones de justicia y equidad concebidas en un tiempo y lugar determinado.

Por otro lado, para entender el alcance de la retroactividad es oportuno referirnos brevemente al tema de los llamados derechos adquiridos, concebidos como aquellos que generan una situación jurídica que otorga un derecho a partir del cumplimiento de ciertos requisitos y condiciones exigidos por el ordenamiento jurídico vigente (Verdera Izquierdo 2006)²⁸.

25. Jorge Vélez García, Los dos sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público Comparado, Segunda edición (Bogotá: Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996):

26. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, accedido 8 de diciembre de 2021) pag. 795 <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5629/17.pdf>.

27. Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial Suplemento 449. Art. 76.

28. Beatriz Verdera Izquierdo, La irretroactividad: problemática general (Madrid: Dykinson, 2006) 85, <https://portal1.uasb.edu.ec:2345/es/ereader/uasb/56804?page=85>.

En este sentido, según la teoría de los derechos adquiridos, una nueva ley no puede alterar los derechos que fueron adquiridos de acuerdo con la norma anterior y en caso de controversia, se deberá aplicar la ley anterior que los garantice. Es preciso enfatizar que no todo interés particular da origen a un derecho subjetivo, se requiere inexorablemente que dicho beneficio sea legítimo, legal y justo. Siguiendo el criterio de la Corte Constitucional del Ecuador, es indispensable que esta situación se cree cumpliendo todas las condiciones necesarias para adquirirlo, es decir, en estricta observancia de las exigencias de validez, los pasos o el procedimiento que la propia Constitución o la ley requiere para obtenerlo o merecerlo²⁹. En palabras más simples, el derecho que se adquiere, no debe ser contrario al interés social, ocasionar un agravio injustificado a un tercero o constituir una mera expectativa que no genera derecho alguno.

Bajo el escenario de que toda norma tiene una eficacia limitada en el tiempo y el espacio, que inicia con su entrada en vigor y culmina cuando deja de tener obligatoriedad; es imprescindible invocar el criterio de los tratadistas Luis Legaz y Lacambra, citados por Francisco Capilla Capilla Roncero sobre la figura jurídica de la retroactividad, la cual involucra la aplicación de una norma nueva a ciertos supuestos de hecho, actos y/o situaciones jurídicas que fueron constituidas con anterioridad a su entrada en vigor y que nacieron bajo el imperio de una norma que ha sido derogada³⁰.

Es así como, en muchos casos, esta derogatoria y pérdida de validez jurídica de una norma no impide que ciertos actos realizados a su amparo puedan seguir produciendo consecuencias jurídicas. Surge entonces, la necesidad de considerar la teoría de los derechos adquiridos y en caso de presentarse un conflicto entre dos leyes de la misma materia, se deberá determinar cuál de ellas debe aplicarse, ya sea la antigua que reconoce sus derechos o la nueva si ofrece mayores prerrogativas. Tomando el criterio de Carla Huerta Ochoa, esta situación, en gran medida, se soluciona a través de las denominadas disposiciones transitorias cuyo propósito es, justamente, regular diversas situaciones por un período de tiempo determinado³¹.

La Retroactividad en materia administrativa

Centrándonos en materia administrativa el tema tiene un matiz particular. Si bien la administración está ceñida al principio de legalidad, consecuentemente al marco normativo vigente; no obstante, es a través de cada actuación que logra la consecución de sus fines. En este sentido, por regla general, tanto normas legales como toda actuación realizada por la administración pública tienen como cualidad esencial la irretroactividad³², es decir, los efectos jurídicos-materiales que producen, son *ex nunc (desde ahora)* con el propósito de preservar la confianza, la seguridad y la certidumbre en los ciudadanos en cuanto a una situación jurídica que no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente.

A pesar de lo dicho, esta regla no es absoluta y cambia diametralmente en cuanto a ciertas normas y actuaciones de los órganos estatales en tanto beneficien a los derechos e intereses de particulares y no impliquen un perjuicio al orden público o al interés general³³. Para ello y en observancia a los principios de legalidad y juridicidad, la misma ley prevé taxativamente la aplicación de normas y actuaciones con carácter y consecuencias retroactivas, empero, hay que recordar que, al ser la retroactividad la excepción su naturaleza es restrictiva, lo que conlleva, que no pueda ser presumida o tácita siendo forzoso acudir a las excepciones previstas en la ley.

En primer orden nos referiremos a las normas con carácter retroactivo citando para ello lo establecido en el artículo 30 del Código Orgánico Administrativo³⁴. Este precepto legal reconoce

29. Ecuador Corte Constitucional. "Sentencia N.º 184-14-SEP-CC".

30. Francisco Capilla Roncero, *Voz irretroactividad* (Madrid, Civitas, 1995).

31. Carla Huerta Ochoa, "La validez temporal de las normas, retroactividad y ultraactividad, formas extraordinarias de operatividad", *Teoría del Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas* (2019): 105-110, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2611/8.pdf>.

32. Beatriz Verdera Izquierdo, *La Irretroactividad: problemática general* (Madrid: Dykinson, 2006), 85, <https://portal1.uasb.edu.ec:2345/es/ereader/uasb/56804?page=85>.

33. Juan Pablo Cajarville Peluffo, "Retroactividad de las Normas Jurídicas. Reflexiones provisorias", *Revista de Derecho Público* (2014), párr. 12, <http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/46/cajarville.php>.

34. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Art. 30.

el principio de irretroactividad de la ley estableciendo que los hechos que sean considerados una infracción deberán ser sancionados con las leyes vigentes al momento de producirse; no obstante, posteriormente la misma disposición legal abre paso a una excepción respecto a las normas sancionatorias en materia administrativa, indicando que producirán efectos retroactivos si favorecen al presunto infractor.

Este mandato legal guarda relación con el principio constitucional consagrado en el artículo 76 numeral 5 de la Constitución de la República del Ecuador (*in dubio pro reo*)³⁵, el cual determina la favorabilidad hacia el infractor en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia debiendo aplicarse la menos rigurosa, incluso, cuando su promulgación sea posterior a la infracción si esta le beneficia.

En segundo orden, mencionaremos a la retroactividad de ciertos actos administrativos, para lo cual es indispensable recordar el concepto de acto administrativo y su relación con los efectos que produce. Tomando el criterio del maestro Roberto Dromi, el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad a través de un proceso de exteriorización intelectual que emana de la administración en el ejercicio de sus potestades públicas, que tiene fuerza vinculante por el imperio de la ley y que produce efectos jurídicos individuales o generales³⁶. Asimismo, debe inexorablemente cumplir ciertos requisitos elementales para su eficacia, legalidad y legitimidad. El artículo 99 del Código Orgánico Administrativo señala taxativamente a la Competencia, Objeto, Voluntad, Procedimiento y Motivación como los elementos esenciales plasmados positivamente en la norma con el objeto de otorgar validez a toda actuación estatal.

La finalidad constituye otro elemento esencial en todo acto administrativo. Citando a García de Enterría,

todo acto de poder es conferido por la ley y constituye el instrumento idóneo 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 pública³⁷

Siguiendo esta línea, el artículo 67 del Código Orgánico Administrativo, extiende ampliamente la potestad reglamentaria, consecuentemente, el alcance del principio de legalidad, en aras de darle supremacía al cumplimiento de los fines a los que apunta la administración. Así, establece taxativamente que, el alcance de las competencias atribuidas a cada ente estatal incluye, no solo lo expresamente definido en la ley, sino todo aquello que sea necesario para el cumplimiento de sus funciones.

Una vez entendida la naturaleza y los componentes esenciales de todo acto administrativo, haremos alusión al artículo 102 del Código Orgánico Administrativo respecto al efecto de retroactividad de los actos favorables³⁸. Este precepto legal otorga a la Administración Pública la facultad de expedir con efecto retroactivo y como excepción un acto, únicamente si el mismo produce efectos favorables a una persona, si de por medio no se lesionan derechos o intereses legítimos de otros y si los supuestos de hecho existen a la fecha a la que el acto se retrotraiga.

Vemos que, la aplicación retroactiva en este caso, adquiere asidero y lógica en virtud del efecto o finalidad que busca el acto, es decir, esta favorabilidad que permita a la administración cumplir con sus propósitos brindando un servicio que posibilite la satisfacción de necesidades de los administrados; motivación esencial para que el legislador lo haya considerado como el camino idóneo para que el ente público pueda alcanzar de esta manera la ejecución de sus objetivos y de por medio se garanticen derechos particulares.

35. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, 20 de octubre de 2008, Registro Oficial 449. Art. 76.

36. Roberto Dromi, *El Acto Administrativo*, 3era Ed. (Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997), pg. 354

37. Eduardo García de Enterría, *Curso de Derecho administrativo* (Madrid: Editorial Civitas, 2001), pg. 454

38. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Art. 102.

Efectuando un análisis a este precepto legal, vale la pena acotar que, para la expedición del acto, la ley ha previsto inexorablemente tres condiciones *sine qua non*; dos relacionadas a su expedición y una respecto a la eficacia del mismo. Así, los escenarios que facultan a la administración a la expedición de un acto retroactivo implican que se compruebe la favorabilidad hacia un tercero y que se verifique que su aplicación no afectaría a derechos o intereses legítimos de terceros. Por su lado, como condición de eficacia, la ley exige la existencia de los supuestos de hecho a la fecha a la que el acto se retrotraiga.

Como tercer supuesto de retroactividad en materia administrativa la ley reconoce a los efectos propios de la nulidad a través de actuaciones administrativas. Para comprender en mayor medida su alcance, es adecuado referiremos a lo previsto en el Código Civil ecuatoriano. El artículo 1697 de dicho cuerpo legal señala, “es nulo todo acto o contrato que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato”... continuando, más adelante:

La nulidad puede ser absoluta o relativa (...) La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

En palabras de Claro Solar, la nulidad absoluta implica una irregularidad de tal magnitud que afecta no solo a las partes contratantes, sino al orden público en general; es decir, estamos frente a un vicio de tanta gravedad, que compromete “la moralidad y el prestigio mismo de la ley”; por tal motivo, la ley faculta alegarla a todo quien tenga interés y; debe ser declarada incluso de oficio por la autoridad que conozca del hecho³⁹. Por su lado la nulidad relativa, a diferencia de la absoluta, compromete un interés particular, únicamente de aquellos que tienen un interés directo en el acto; en consecuencia, solo podrá ser declarada por el juez a pedido de un particular y conlleva asimismo, la posibilidad posterior en algunos casos de sanear o convalidar el acto.

El Derecho Administrativo recoge del Civil la distinción entre nulidad absoluta y relativa haciendo una diferencia entre la existencia de causales de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad⁴⁰. La jurisprudencia corrobora lo dicho, cuando establece que en el ámbito administrativo “se prevé dos grados de invalidez, a saber: la nulidad de pleno derecho (nulidad absoluta o radical)... y, la anulabilidad (o nulidad relativa)”⁴¹. Vale la pena mencionar que, si bien, en materia civil estas dos acciones de nulidad prescriben con el paso del tiempo, sin embargo, en materia administrativa, la situación difiere en gran medida a la luz de la conocida figura de la autotutela administrativa y su potestad para anular un acto en cualquier momento.

El artículo 107 del Código Orgánico Administrativo⁴² señala que todo acto que implique una declaración de nulidad produce efectos retroactivos *ex tunc* (*desde siempre*), es decir, que sus efectos se retrotraen a la fecha de expedición del acto declarado nulo o revocado, salvo que la nulidad sea declarada respecto a vicios subsanables, susceptibles de convalidación.

En esta misma línea, la ley menciona a la nulidad de los actos desfavorables, situación prevista en el Art. 118 del Código Orgánico Administrativo, mediante la potestad o prerrogativa del propio órgano o ente público para que, en sede administrativa a petición de parte, o de oficio, se revoque o anule un acto contrario al ordenamiento jurídico por haber causado perjuicios a derechos de terceros o en general; con el fin de proteger el interés público, siempre que tal revocatoria no constituya dispensa o exención no permitida por el ordenamiento jurídico, o sea contraria al principio de igualdad⁴³.

39. Luis Claro Solar, Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado (Jurídica de Chile: 1992), 601.

40. Eduardo García de Enterría, Curso de Derecho Administrativo (Madrid: Editorial Civitas, 2001), 611- 632.

41. *Ibíd.*

42. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Art. 107.

43. Roberto Dromi, *Derecho Administrativo* (Argentina: Ciudad Argentina, 2001), pg. 247-322.

Como vemos, íntimamente ligada a los efectos y consecuencias propias de toda nulidad, se vislumbra a la retroactividad, situación que adquiere soporte en la ineludible necesidad de situar a las partes en el estado en que se encontraban con anterioridad al suceso nulo. De acuerdo con la regla jurídica “quod nullum est nullum effectum producit” (lo que es nulo no produce ningún efecto), se intenta destruir las consecuencias y borrar las huellas producidas, como si el acto no hubiese existido jamás, evitando de esta manera que se deriven efectos del mismo⁴⁴.

Por el contrario, podemos encontrar frente a actuaciones de los Órganos estatales que al crear, modificar o extinguir una situación jurídica ocasionen que se adquiriera un derecho favorable a la luz de la aplicación de un acto que guarda características de legitimidad y ejecutabilidad. En este sentido, el Código Orgánico Administrativo ha pensado un mecanismo particular para dejar sin efecto el acto administrativo favorable a un tercero y una excepción respecto a los efectos de su nulidad.

El artículo 107 del Código Orgánico Administrativo, establece como excepción a la retroactividad de un acto nulo, que se haya otorgado derechos a favor de terceros adquiridos de buena fe, señalando que, generará efectos desde la expedición del acto que produzca nulidad. Cuando se trata de la declaración de nulidad del procedimiento administrativo, este debe reponerse al momento exacto donde se produjo el acto administrativo viciado.

Tomando el criterio del doctrinario Blanquer: “Como el acto viciado sigue produciendo efectos hasta que no sea expulsado del ordenamiento jurídico, la decisión anulatoria tiene carácter constitutivo, por lo que el acto dejará de surtir efectos desde el momento de su anulación con efectos *‘ex nunc’*”⁴⁵.

En razón al principio de legitimidad de todo acto desde su expedición, ha empezado a causar resultados jurídicos, consecuentemente, los efectos que producirá el acto de nulidad serán a futuro puesto que desconocerlos, implicaría una grave afectación a la buena fe y a la seguridad jurídica.

Por su lado, los artículos 115 y siguientes del mismo cuerpo legal establecen a la acción de lesividad, como el camino idóneo para proceder con la revocatoria de actos favorables que otorgaron un derecho mientras estuvieron vigentes; sin embargo, son contrarios y lesivos al interés general.

Lesividad

Si una actuación administrativa produce efectos favorables a particulares, no obstante, se verifica que la misma resulta contraria al interés general, ese acto se considera lesivo y por ello, debe ser anulado mediante la llamada acción de lesividad. La Administración no puede por sí misma dejar sin efectos sus actos irregulares, si la irregularidad es de aquellas que producen la anulabilidad. Por ende, cuando esto ocurra, podrá, de oficio o a petición de parte, emitir un acto administrativo que declare lesivo para el interés público el acto irregular, teniendo inexcusablemente que acudir ante el Tribunal Contencioso Administrativo para que sea un juez ajeno a la administración, quien determine la pertinencia de eliminar el acto del mundo jurídico en razón a que, precisamente, fueron sus propias actuaciones las que han otorgado un derecho a un tercero⁴⁶.

Como paso previo al procedimiento de lesividad, resulta indispensable que la administración compruebe la existencia de las causas que motivaron esa lesión y fundamente debidamente esta declaratoria de lesividad, con el propósito de asegurar que la administración esté plenamente convencida y segura de que el acto lesiona el interés público,⁴⁷ para ello, dispone de la potestad discrecional; sin embargo, la ley siempre será el límite para interpretar libremente lo que se considera interés público, y, por ende, la existencia o no de una lesión real⁴⁸.

44. Ángel Carrasco Perera, “Retroactividad de la nulidad, procedimiento extrajudicial de reembolso de intereses por cláusula suelo y el problema de la cosa juzgada”, *Revista Cesco de derecho* Nro 1 (2016):pg. 1-7

45. David Blanquer, *Introducción al Derecho administrativo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 379.

46. Jesús Gonzales Pérez, “La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española”, *Revista de Administración Pública*, vol. I, No. 1 (1958): 149-161.

47. Pablo Tinajero, *La Acción de Lesividad* (Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998), 47.

48. Jorge Zavala Egas, *La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo Ecuatoriano* (Quito: Iuris Dicto, 2007), 100-107.

El Código Orgánico Administrativo, en sus artículos 115 y siguientes⁴⁹ establecen el procedimiento para la acción de lesividad, determinando que será la máxima autoridad de las respectivas administraciones públicas quien deba iniciar este proceso, previa la declaratoria de lesividad del acto y con ella propondrá la acción ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente y únicamente es impugnabile en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.

Por su parte, el artículo 116 de Norma ejusdem⁵⁰, señala que la declaratoria de lesividad y la consecuente revocación del acto no pueden efectuarse si han transcurrido tres años desde que se notificó el acto administrativo. En otras palabras, la potestad de la administración para la declaratoria de lesividad caduca en tres años.

En el mismo sentido, el artículo 306 numeral 4 del Código Orgánico General de Procesos⁵¹, instaura la oportunidad en el tiempo que tiene la administración pública para acudir al Tribunal Contencioso Administrativo e iniciar una acción judicial, determinando para el efecto 90 días, plazo que se entiende marchará desde la respectiva declaratoria de lesividad.

La naturaleza jurídica de la lesividad tiene su fundamento en el principio de irrevocabilidad de los actos declaratorios de derechos favorables al administrado y constituye un proceso especial, en virtud de que, es la propia entidad pública la que figura como demandante de sus propios actos.⁵² Sobre esto, el tratadista Raúl Bocanegra Sierra⁵³ define al recurso de lesividad como “un proceso judicial a través del cual la administración impugna sus propios actos ilegales, demandándose a sí misma y pretendiendo de los tribunales la declaración de que alguno de sus actos anteriores no está conforme a derecho.”

Algunos autores al amparo de la teoría de los actos propios consideran que, tanto actos nulos de pleno derecho como anulables, en tanto hayan otorgado derechos a particulares deberían inexorablemente acudir a la figura de la lesividad, como el único camino idóneo para eliminar del mundo jurídico esta actuación⁵⁴. En razón a que ha sido la propia administración la que otorgó un derecho, por ende, no puede posteriormente modificar o contradecir su criterio estando de por medio intereses particulares. En consecuencia, si la Administración considera necesario por razones de interés público, anular alguno de sus actos, el único camino para ello es acudir a los Tribunales, previa declaración de lesividad formal del acto lesivo para los intereses públicos.

Por su lado, en términos del catedrático Tomás Ramón Fernández, de acuerdo a las características y a los efectos propios de la anulabilidad de los actos administrativos, esta situación conlleva, por un lado, a que sólo el o los afectados pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un plazo limitado; y, por otro, que el paso del tiempo pueda sanearlos y los vicios queden convalidados⁵⁵. Por el contrario, aquellos actos considerados nulos de pleno derecho, cuya declaratoria constituye potestad del ente público en cualquier momento, mediante la figura de la auto tutela administrativa; causan tal agravio que no son aptos para existir en el mundo jurídico, ni están capacitados para el cumplimiento de sus efectos y fines y resulta, por ende, paradójica una posible convalidación por el paso del tiempo en el supuesto de que feneciere el plazo para presentar una acción de lesividad.

49. Ecuador, Código Orgánico Administrativo, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Arts. 115 y siguientes.

50. Ecuador, Código Orgánico Administrativo, 7 de julio de 2017, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento. Art. 116.

51. Ecuador, Código Orgánico General de Procesos, 22 de mayo de 2015, Registro Oficial Suplemento 506. Art. 306.

52. Jesús González Pérez, “El Proceso de Lesividad”, *Universidad de la Rioja*, 28 de marzo de 1958, párr. 5, file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElProcesoDeLesividad-2112338.pdf.

53. Tomás Cano Campos, coord., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo* (Madrid: lustel, 2009): **181-206**.

54. Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo, Parte General* (Madrid: Tecnos, 2010), 563

55. Tomás Ramón Fernández Rodríguez, *La doctrina de los vicios de orden público* (Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1968), 113.

Conclusión

La irretroactividad de la ley constituye uno de los principios fundamentales del derecho, pues otorga certeza y confianza en las normas que componen el ordenamiento jurídico, así como la sensación de una real tutela y garantía de los derechos de los particulares. A pesar de ello, las leyes no pueden ser estáticas e inamovibles, debiendo adaptarse a las distintas circunstancias que se presenten en un determinado espacio y tiempo, *ergo*; resulta oportuno instaurar nuevas disposiciones que muchas veces modifican las condiciones anteriores; precisamente como solución a este problema. El derecho opta en muchas ocasiones por hacer uso de los efectos retroactivos; asimismo, las denominadas disposiciones transitorias y la conocida teoría de los derechos adquiridos.

En materia administrativa, el tema adquiere ciertas particularidades propias, en razón al fin que persigue la administración -el servicio a la colectividad- en beneficio de los derechos de los administrados y del interés colectivo. La irretroactividad es la regla general, pues crea una situación jurídica de seguridad y certidumbre evitando las arbitrariedades y abusos de poder por parte de quienes actúan en virtud de la potestad pública ceñida a los principios legalidad y juridicidad; por lo tanto, es la propia ley la que expresamente reconoce efectos retroactivos en algunos supuestos relacionados a las normas y a los actos administrativos.

Así, en materia sancionatoria administrativa se aplica la ley que mayor beneficio otorgue al infractor imponiéndole una menor pena. Por otro lado, la retroactividad se vincula con los actos administrativos favorables, si su aplicación no lesiona derechos o intereses legítimos de otra y si los supuestos de hecho para la eficacia retroactiva existen en la fecha a la que el acto se retrotraiga.

Un tercer supuesto es el efecto retroactivo propio de la nulidad, ya sea esta nulidad de pleno derecho o revocatoria de actos anulables no susceptibles de convalidación, incluyendo en esta categoría a los actos desfavorables. En cuanto a estas actuaciones la ley prevé como regla la retroactividad, bajo la premisa de que este actuar nunca debió producirse jurídicamente, buscando regresar sus efectos al estado anterior.

Como la retroactividad es la regla respecto a los efectos que produce un acto nulo o anulable, como excepción, la ley contempla a los actos que otorgan derechos legítimos a terceros de buena fe, cuyo efecto iniciará a partir de la expedición del acto en resguardo de los derechos generados a la luz de una actuación que gozada de características de ejecutoriedad y legitimidad.

Con relación al camino para declarar la nulidad de estos actos administrativos favorables, la ley ha previsto a la acción de lesividad como el mecanismo para dejar sin efectos sus propias actuaciones, en tanto causan daño y son lesivos al ordenamiento jurídico y al interés público general; sin embargo, han otorgado derechos particulares, siendo la autoridad judicial, el tercero ajeno e imparcial, que determinará la pertinencia de dejar o no sin efecto ese acto lesivo.

Con relación a la lesividad vale la pena señalar que esta acción adquiere una connotación sui generis por los derechos adquiridos que se ven involucrados. En el caso de las actuaciones anulables o revocables el camino sin duda alguna, corresponde a la revocatoria a través de la declaratoria de lesividad sin que pueda directamente la administración, revocar el acto.

Por otro lado, el tema es discutible en tanto, el acto que otorgó derechos a terceros tuvo su génesis en una actuación administrativa nula de pleno derecho, por ende, jamás debió haber nacido a la vida jurídica y mal podría subsanarse y convalidarse por el paso del tiempo. No obstante, en muchas ocasiones, las administraciones, en resguardo de los intereses legítimos concedidos y bajo la teoría de los actos propios, considera a la lesividad como el camino idóneo, dejando en manos de la justicia esta decisión.

De manera particular nos decantamos por concebir a la acción de lesividad como el camino para la revocatoria de los actos anulables pues, los nulos de pleno derecho, constituyen parte de la potestad propia de autotutela de la administración que permite dejarlos sin efecto *per se* en cualquier momento.

Agradecimiento especial a la asistencia y colaboración de: Bruno Navia, Edith Díaz, Melissa Pilco y Flavio Palacios

Bibliografía

- Blanquer, David. Introducción al derecho administrativo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.
- Cajarville Peluffo, Juan Pablo. "Retroactividad de las Normas Jurídicas. Reflexiones provisionarias". *Revista de Derecho Público*, 2014.
- Cano Campos, Tomás. Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo. Madrid: lustel, 2009.
- Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. Jurídica de Chile, 1992.
- Capilla Roncero, Francisco. Voz irretroactividad. Madrid: Civitas, 1995.
- Carbonell, Miguel, y Eduardo Ferrer Mac-Gregor. Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.
- Carrasco Perrera, Angel. "Retroactividad de la nulidad, procedimiento extrajudicial de reembolso de interés por cláusula suelo y el problema de la cosa juzgada". *Revista Cesco de Derecho*, 2016.
- Dromi, Roberto. Derecho Administrativo. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2001.
- _____. El acto administrativo. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1997.
- Ecuador, Código Civil, Registro Oficial 46, Suplemento, 24 de junio de 2005.
- _____. Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- _____. Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial 31, Segundo Suplemento, 7 de julio de 2017.
- _____. Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón. La doctrina de los vicios de orden público. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1968.
- García de Enterría, Eduardo. Curso de Derecho Administrativo. Madrid. Editorial Civitas, 2021.
- González Pérez, Jesús. «La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española.» *Revista de administración pública*, s.f.: 149 - 161.
- Huerta Ochoa, Carla. "La validez temporal de las normas, retroactividad y ultraactividad, formas extraordinarias de operatividad". *Teoría del derecho. Cuestiones relevantes*, 2019: 105-136.
- González Pérez, Jesús. "La revocación de los actos administrativos en la jurisprudencia española ". *Revista de Administración Pública*, vol. I, No. 1 (1958): 127-158.
- Sánchez Morón, Miguel, Derecho administrativo, parte general. Madrid: Tecnos, 2010.
- Tinajero, Pablo. La acción de lesividad. Quito: Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1998.
- Vélez García, Jorge. Los dos sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público Comparado. Segunda Edición. Bogota, 1996.
- Verdera Izquierdo, Beatriz. La irretroactividad: problemática general. Madrid: Dykinson, 2006.
- Zavala Egas, Jorge. La regla de los actos propios y su aplicación en el derecho administrativo ecuatoriano. Quito: Iuris Dicto, 2007.