
LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS EN EL ECUADOR, ANÁLISIS DOCTRINARIO Y JURÍDICO

Marcelo Costa Cevallos

EDICIÓN ACTUALIZADA
2021



**UNIVERSIDAD TÉCNICA
PARTICULAR DE LOJA**
La Universidad Católica de Loja

MARCELO COSTA CEVALLOS

LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS EN EL ECUADOR

Análisis Doctrinario y Jurídico

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES

Quito, 2021

CORPORACIÓN DE ESTUDIOS Y PUBLICACIONES (CEP)

**LAS ACCIONES CONTENCIOSO ADMINISTRATIVAS
EN EL ECUADOR**

Análisis Doctrinario y Jurídico

Marcelo Costa Cevallos

Revisión

Departamento Jurídico Editorial - CEP

Diagramación

Departamento de Diagramación - CEP

Impresión

Talleres - CEP

Derecho de Autor No.: 052214: 25-oct-2017.
Depósito Legal No. 005989: 25-oct-2017
ISBN: 978-9942-10-384-0: 25-oct-2017.
Tiraje: 500
Edición: Primera. Noviembre 2017.
Segunda. Agosto 2021.

Quito - Ecuador

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de su autor.

Todos los derechos sobre el contenido de esta obra pertenecen a la Corporación de Estudios y Publicaciones. Prohibida su reproducción total o parcial así como su incorporación a sistemas informáticos, su traducción, comunicación pública, adaptación, arreglo u otra transformación, sin autorización expresa de la Corporación.

A mis Padres

Índice

Dedicatoria.....	5
Abreviaturas.....	11
Prólogo.....	13
Introducción.....	17

Capítulo I

CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL ORIGEN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1.1. Génesis del Derecho Administrativo.....	21
1.2. Revisión conceptual del proceso contencioso administrativo.....	25
1.3. Diferencia entre procedimiento administrativo y proceso contencioso administrativo.....	31
1.4. Revisión histórica de las facultades del Consejo de Estado en el Ecuador hasta la consolidación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.....	40
1.5. La impugnación de la voluntad administrativa.....	56

Capítulo II

ANÁLISIS DOCTRINARIO, JURÍDICO Y REVISIÓN DE CASUÍSTICA SOBRE LAS ACCIONES DE PLENA JURISDICCIÓN O SUBJETIVA, DE ANULACIÓN OBJETIVA O POR EXCESO DE PODER Y DE LESIVIDAD

2.1. La acción de plena jurisdicción o subjetiva.- Contexto legal y procedencia.....	65
2.2. Referencias conceptuales y casuística sobre la acción de plena jurisdicción o subjetiva.....	68

2.3. La afectación del derecho subjetivo y la reparación del daño.....	84
2.4. La impugnación de actos normativos mediante la acción de plena jurisdicción o subjetiva.....	86
2.5. Trámite de la acción de plena jurisdicción o subjetiva.....	89
2.6. La acción de anulación objetiva o por exceso de poder.- Contexto legal y antecedentes doctrinarios.....	90
2.7. Finalidad de la acción de anulación objetiva o por exceso de poder.....	93
2.8. Pretensiones de la acción de anulación objetiva o por exceso de poder.....	95
2.9. Aspectos comparativos entre la acción de anulación objetiva o por exceso de poder y la acción de plena jurisdicción o subjetiva.....	97
2.10. La acción de lesividad.- Antecedentes y consideraciones previas.....	104
2.11. El concepto de lesividad.....	105
2.12. Regulación normativa de la acción de lesividad en el Ecuador.....	108

Capítulo III

LAS ACCIONES ESPECIALES

3.1. La acción por silencio administrativo.- El antecedente del derecho de petición.....	113
3.2. Consideraciones doctrinarias sobre el silencio administrativo.....	115
3.3. Reconocimiento jurídico del silencio administrativo en el Ecuador.....	118
3.4. La acción de pago por consignación.....	124
3.5. La acción por responsabilidad objetiva del estado.- Descripción previa.....	130
3.6. La responsabilidad objetiva del Estado y la acción de repetición.- Revisión jurídica y conceptual.....	133
3.7. Casuística.....	141

3.8. La acción de nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado.....	145
3.9. Las acciones derivadas de las controversias en materia de contratación pública.- Consideraciones doctrinarias.....	153
3.10. Regulación jurídica del contrato administrativo en el Ecuador.....	160
3.11. Extractos jurisprudenciales en procesos contencioso administrativos en materia de contratación pública.....	164

Capítulo IV

DISPOSICIONES COMUNES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

4.1. Competencia.....	169
4.2. Objeto de la jurisdicción contencioso administrativa.....	172
4.3. La administración pública.....	174
4.4. Legitimación activa.....	176
4.5. Legitimación pasiva.....	178
4.6. Comparecencia.....	179
4.7. Oportunidad para presentar la demanda.....	181
4.8. Prescripción.....	183
4.9. Requisitos de la demanda.....	186
4.10. Término para la contestación a la demanda.....	191
4.11. Medios de prueba aplicables.....	197
4.12. Validez y eficacia de las actuaciones de la administración pública.....	204
4.13. La suspensión del acto administrativo y la posible afectación a su presunción de legitimidad.....	206
4.14. Suspensión del acto administrativo o suspensión de su ejecución.....	209
4.15. La discrecionalidad como facultad del juzgador para suspender el acto administrativo.....	213

4.16. Sustanciación.....	216
4.17. Contenido de la sentencia.....	221
4.18. Ejecución de la sentencia.....	226

Capítulo V

UNA MIRADA GENERAL AL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO (COA)

5.1. Breves comentarios sobre la incorporación del Código Orgánico Administrativo (COA) en la Legislación Ecuatoriana.....	231
5.2. Reflexiones finales.....	241

Anexos..... 245

Anexo 1. Resolución con fuerza de ley No.12-2017 de la Corte Nacional de Justicia (momento procesal para resolver excepciones previas en el Código Orgánico General de Procesos).....	245
Anexo 2. Disposiciones Generales, Transitorias, Reformatorias y Derogatorias del Código Orgánico Administrativo (COA).....	249

Bibliografía..... 265

Abreviaturas

CRE	Constitución de la República del Ecuador
COGEP	Código Orgánico General de Procesos
COOTAD	Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización
COFJ	Código Orgánico de la Función Judicial
LOGJCC	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional
LOPGE	Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado
LOCGE	Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado
LOSNC	Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública
LOSEP	Ley Orgánica de Servicio Público
COA	Código Orgánico Administrativo
LME	Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada
LDH	Ley de Hidrocarburos
CT	Código Tributario
CDT	Código del Trabajo
IJCA	Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
ERJAFE	Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva
CC	Código Civil

Prólogo

Contemporáneo a un controvertido escenario de institucionalidad pública, en que producto del vaivén e injerencia política, se cuestiona y en enorme grado la legitimidad por un lado y la legalidad por otra, de las decisiones, a veces arbitrarias, otras en derecho, que se adoptan desde el poder público, sumado a la inminente evolución y transformación del Estatuto de Régimen Jurídico de la Función Ejecutiva (que en gran parte cubre al entorno institucional, no sólo central), en lo que pasará a denominarse con sustanciales cambios en el Código Orgánico Administrativo; así como también, la derogatoria de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa (norma adjetiva de la controversia judicial administrativa), en un procedimiento contencioso administrativo, expreso, simplificado, controvertido, oral, conforme al vigente y novedoso Código Orgánico General de Procesos (COGEP), el autor del libro genera un inédito y espectacular estudio jurídico del pleito administrativo, para en un proceso intelectual de enormes quilates realizar un estudio secuencial y dinámico de las acciones que precisa el sujeto legitimado activo de la pretensión judicial administrativa, para hacer valer la rigidez de su derecho subjetivo y objetivo en la búsqueda de una tutela judicial efectiva.

Con precisión meridiana, el autor luego de circunscribir en tiempo, espacio, pertinencia y competencia las diferencias técnico jurídicas del procedimiento en sede administrativa respecto del ritual procesal contencioso administrativo; recoge los matices conforme a los cuales es procedente el reclamo mediante la acción de plena jurisdicción o subjetiva, transitando con pertinencia sobre los pronunciamientos que han sido emanados por el máximo tribunal de justicia administrativa, para lograr la plena comprensión del ejercicio de la acción bajo la prenombrada forma de accionar el derecho, lo que implica una acertada y didáctica explicación del trámite a seguirse; pasando por explicar la forma en que se puede producir la afectación de un derecho subjetivo hasta llegar a la facultad

discrecional de la reparación del daño, sin dejar de lado en su estudio el contexto de la impugnación de los actos administrativos de carácter normativo, la acción de anulación objetiva o por exceso de poder, y desarrollando además, un pormenorizado análisis de la tramitación procesal relacionada a la Lesividad.

Similar estrategia pedagógica y doctrinaria utiliza para adentrar la congruencia del contenido, a las otras formas de litigio jurisdiccional administrativo tales como la muy necesaria acción por silencio administrativo y otras acciones de carácter especial como el pago por consignación, la acción de nulidad cuando puede ser propuesta por el Procurador General del Estado, las acciones derivadas de los contratos administrativos y consecuentemente las acciones que se pueden judicializar en relación al Sistema Nacional de Contratación Pública.

Sin duda que la obra, reviste un contenido de lectura obligatoria, para profesionales, estudiantes, empleados públicos. Pues la trayectoria de Marcelo en las aulas universitarias, esto es la dinámica y didáctica propia de un formador de juventudes, conjugadas con la experiencia adquirida en los campos del trajinar administrativo, permite al presente estudio constituirse en uno de los primeros dentro de la especie adjetiva administrativa en abordar los complejos y hasta el momento, aún desconocidos y novedosos caminos procesales determinados en el Código Orgánico General de Procesos, código que presenta un cambio radical en la forma de ventilar la controversia contenciosa administrativa, permitiendo al lector una comprensión metodológica de los elementos generales que rigen la referida controversia, tales como competencia, legitimación activa y pasiva, requisitos de la demanda, oportunidad de ésta, prescripción, el término para contestarla, medios probatorios, sustanciación procesal hasta llegar al momento culminante del grado jurisdiccional, es decir la sentencia y su ejecución.

Finalmente, Marcelo logrará presentar un extraordinario aporte en las letras jurídicas, al lograr fusionar la parte adjetiva con la sustantiva

administrativa. Con precisión y exponencial criterio de quien domina la materia, realiza una visión crítica del promulgado, Código Orgánico Administrativo, que dicho sea de paso aún no entra en vigencia por efectos de la Vacatio Legis, sin embargo, su estudio y evaluación es ya abordada por la pluma rigurosa de Marcelo Costa, oteando con anticipación el devenir y puesta en próxima vigencia el normativo sustantivo de la administración pública.

Con especial afecto y el respeto de siempre.

Paulo César Arrobo Rodríguez

Noviembre, 2017

Introducción

Las reformas incorporadas por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP)¹ en el Ecuador para regular la actividad procedimental en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, nos induce obligatoriamente a debatir alrededor de los retos que implica litigar con nuevas reglas procesales en el escenario de la oralidad, excluyentes de caducas prácticas de carácter escritural de similar identidad en América Latina² y con las innovaciones normativas que el asambleísta ha creído pertinente introducir en la materia antes referida.

Con el objetivo de analizar los cambios en el procedimiento contencioso administrativo, en la presente obra se propone un análisis jurídico y doctrinario de las acciones que pueden proponerse en esta jurisdicción, se revisan las nuevas reglas de litigación, identificando diferencias de carácter sustancial con la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, utilizada en la praxis jurídica cotidiana desde 1968, fecha en la que ésta fue publicada.

Uno de los cambios importantes que introduce el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en el Ecuador dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, tiene relación con el nuevo procedimiento para litigar, se trata de un esquema que modifica el caduco procedimiento previsto en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa,

-
- 1 Código Orgánico General de Procesos. “Art. 1.- Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso.”
 - 2 El proceso latinoamericano es en su mayoría escrito, lento y formalista, con varias características que lo distinguen y que generalmente aparecen relacionadas: la escritura expresada en el principio lo que no consta en un acta no existe en el proceso (“quod non est in actis non est in mundo”); la distancia entre los sujetos del proceso que se comunican a través de memoriales; el tributo a las formas, importantes rezagos de tarifa legal y la exagerada demora en los trámites. Además, partidas presupuestales insuficientes, creciente desconfianza en la justicia y en mayor o menor grado intervención de los políticos en los cargos de la magistratura, circunstancia que corrompe y aniquila. Ulises Canosa Suárez, El proceso civil por audiencias.

agotado en el sistema tradicional de la escritura y el alegato, con restricciones en cuanto a la interacción de las partes procesales con los jueces, con limitadas facultades del Tribunal de lo Contencioso en relación al control de legalidad de todo ese amplio espectro de potestades que ha tenido y tiene la Administración Pública, marginando la posibilidad de permitir el ejercicio efectivo de prerrogativas del administrado como por ejemplo el derecho de petición, sin reglas claras para establecer la responsabilidad objetiva del estado, entre otras limitaciones que impedían ejercer un eficaz control de legalidad de los actos dictados por los órganos que integran el sector público.

En el capítulo I de la obra se revisan aspectos de carácter general relacionados con el origen del derecho administrativo y del proceso contencioso administrativo, sus antecedentes históricos, algunas apreciaciones doctrinarias que permiten identificar sus características, se analiza la evolución de la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador desde las primeras funciones conferidas al Consejo de Estado como Órgano Consultivo del Ejecutivo, hasta la consagración del control de la legalidad del accionar administrativo en sede administrativa judicial en la Constitución del año 2008, se revisan finalmente en este acápite lo atinente a la impugnación de la voluntad administrativa conforme al marco normativo constitucional, legal y reglamentario vigente en el Ecuador.

En el capítulo II se hace una revisión jurídica y conceptual de las acciones de plena jurisdicción o subjetiva, la acción de anulación objetiva o por exceso de poder y de la acción de lesividad, se analiza su procedencia, ámbito de protección, su objeto y naturaleza, la determinación de la legitimación activa y pasiva y las pretensiones que se persiguen, se complementa el análisis doctrinario de las instituciones referidas con la revisión de casuística que permite mirar en el escenario práctico el desarrollo y procedencia de las acciones a tratarse en este acápite.

En el capítulo III se continúa con el estudio doctrinario de las acciones especiales, así definidas en el art. 326 del Código Orgánico General de

Procesos: la acción de pago por consignación, la acción por responsabilidad objetiva del estado, la acción de nulidad de contrato propuesta por el procurador general del estado y las acciones derivadas de las controversias en materia de contratación pública;

En el capítulo IV se analizan las disposiciones comunes del procedimiento contencioso administrativo contenidas entre los artículos del 299 al 314 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) y que tienen relación con la competencia, el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, la administración pública, la legitimación activa y pasiva; se trata también lo referente a la oportunidad para presentar la demanda, sus requisitos, medios de prueba aplicables al proceso contencioso administrativo, la prescripción, entre otros aspectos inherentes a la validez y eficacia de las actuaciones de la Administración Pública.

En el capítulo V se presenta una revisión general de la estructura normativa del Código Orgánico Administrativo (COA), publicado en el Registro Oficial Nro. 31, Segundo Suplemento, de fecha 7 de julio del 2017, se analizan los efectos reformativos y derogatorios que ha generado en la normativa que ha venido modulando la actividad administrativa dentro del sector público y sus relaciones con los administrados.

Marcelo Armando Costa Cevallos

Capítulo I

CUESTIONES PREVIAS SOBRE EL ORIGEN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

“El derecho actual es pasajero, transitorio. Necesaria, fatalmente, será modificado por las transformaciones del medio. En otras palabras, los estudios económicos, sociológicos y políticos deben estar en la base de los estudios jurídicos. Sin ellos se harán LEGISTAS, pero no JURISCONSULTOS; se prepara EMPÍRICOS, pero no hombres de ciencia” (Gastón Jézé).

1.1. Génesis del Derecho Administrativo

Previo a tratar sobre el origen del proceso contencioso administrativo, es necesario considerar brevemente algunas particularidades relacionadas con el antecedente histórico del Derecho Administrativo³; se puede afirmar que éste se sitúa en Francia, su génesis se ubica a partir de uno de los hitos más relevantes del humanismo como lo es la Revolución Francesa en 1789, acontecimiento que genera el reconocimiento de ese conjunto de prerrogativas conocidos como “derechos”; aunque previo a esto opinan algunos autores, una aproximación a la noción del Derecho Administrativo ya se conocía desde las primeras formas de organización social, *“todo país civilizado poseería un derecho administrativo, puesto que necesariamente posee un conjunto de normas que rigen la acción de la administración”*.⁴

Esta idea primigenia de Derecho Administrativo tenía limitaciones, pues las primeras leyes no eran de obligatorio cumplimiento, no existía la

3 “La historia del Derecho Administrativo es la historia de la búsqueda de su concepto. En sus escasos dos siglos de existencia se han sucedido múltiples intentos de definición, tantos –prácticamente– como autores, sin que parezca haberse encontrado todavía un concepto de Derecho administrativo unánimemente aceptado y duradero, resistente al paso del tiempo” El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional. Oriol mir puigpelat. Revista de Administración Pública Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003 p. 61.

4 Veddel, Georges, Derecho Administrativo, Madrid, Biblioteca Aguilar, 1980, p. 40. Citado en <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/16.pdf>.

positivización de las normas, se vivía en un estado de policía⁵ en el que los ciudadanos no eran considerados sujetos de derechos, “*podría decirse que en esta época el derecho administrativo se agota en un único precepto jurídico que establece un derecho ilimitado para administrar.*”⁶

Con la revolución francesa fluyen las primeras concepciones sobre el estado de derecho, la separación de regímenes jurídicos es un despertar de la idea de democracia, orden, respeto y observancia obligatoria de las leyes que empezaron a regir para autoridades y para los demás ciudadanos;

*“La ley se convirtió para los franceses, en la principal fuente del derecho, incluso por encima de la Constitución. Esta únicamente fue considerada como un texto político que incluía los derechos humanos y la estructura del Estado. Es decir que era una regulación que contenía una parte dogmática y una orgánica; no se entendió que era una norma jurídica porque no existió el control de constitucionalidad de las leyes y estas podían vulnerar la norma fundamental sin que esta acción tuviera consecuencias jurídicas. Se le dio primacía a la ley porque emanaba del poder legislativo que se consideraba el poder soberano. Esta superioridad, en Francia duró hasta 1958 y en concreto hasta 1974, cuando se amplió la legitimación activa para interponer el recurso de inconstitucionalidad.”*⁷

Con la separación de regímenes jurídicos se empieza a observar y aplicar leyes para tratar asuntos entre particulares y leyes para regular relaciones entre particulares y la administración⁸, de tal forma que los jueces fueron

5 Esta concepción del Estado y de sus relaciones con los administrados ha sido denominada, particularmente con relación a sus últimas manifestaciones, Estado de policía. Martín Mateo, Ramón, Manual de Derecho Administrativo, Madrid, 1970, p. 35, “Es la lucha entre el rey y el pueblo.”

6 MERKL, Adolfo, Teoría general del derecho administrativo, Madrid, 1935. p. 95, 96.

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Madrid. Editorial Civitas. 1991. p. 31.

8 “La formación de ese conjunto especial de normas jurídicas para la administración del Estado, diferentes de las que regulan la actividad de los particulares, se vio estimulada por un hecho histórico muy particular producido con el triunfo de la Revolución Francesa, consistente en que los hombres de la revolución tuvieron un especial temor frente a los jueces por cuanto en la etapa previa a la revolución los administradores de justicia de la época se habían convertido en un obstáculo para la aplicación de las políticas del rey, cuando estaban en desacuerdo con ellas, por lo cual temían que los jueces de la época posrevolucionaria aplicaran la

prohibidos de conocer casos relacionados con la administración; *“esta prohibición fue expresamente consagrada en la ley de 16-24 de agosto de 1790, en la cual se estableció que las funciones judiciales son y continuarán siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, inmiscuirse de manera alguna en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”*. Este principio fue elevado a categoría constitucional mediante el artículo 30. de la Constitución francesa de 1791, el cual determinó expresamente que *“los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”*.⁹

El reconocimiento de este régimen jurídico propio para tratar asuntos sobre la administración pública, da lugar a la creación del Consejo de Estado en Francia, que en primera instancia actuó como un órgano que cumplía funciones de asesoría en asuntos relacionados con la solución de reclamos y quejas, que cooperaba también en la redacción de algunas normas y que más adelante, asume la competencia para conocer y resolver controversias entre los particulares y el estado y que principalmente tenían su origen en reclamos por el excesivo cobro de impuestos, se crea de esta forma un espacio para atender casos de vulneración de derechos de los ciudadanos, para resarcir daños y perjuicios en la medida de lo que el concepto de reparación en ese momento histórico significaba.

Estas primeras intervenciones del Consejo de Estado, sus decisiones que en muchas ocasiones al tutelar derechos de los particulares confrontaban con los intereses estatales, sientan las bases de la jurisdicción contencioso administrativa, en cuanto se sitúa en un escenario jurisdiccional la

misma estrategia cuando estuvieran en desacuerdo con las decisiones de los nuevos gobernantes. Para enfrentar ese temor adoptaron una decisión contradictoria con la filosofía revolucionaria, consistente en prohibir a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la administración” RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. La Explicación Histórica del Derecho Administrativo. p. 297.

9 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. La Explicación Histórica del Derecho Administrativo. p. 297.

controversia entre administrados y la administración y con esto se originan principios y normas reguladoras del accionar administrativo;

“Entre esos principios propios, pueden destacarse el de legalidad; el de la presunción de legalidad; el de la culpa o falla del servicio para sustentar la responsabilidad de la administración pública; el de la dualidad de contratos de la administración, que permite diferenciar los contratos administrativos y los contratos de derecho privado de la administración; los principios de la función pública, que permiten dar un tratamiento especial a las relaciones laborales entre el Estado y sus colaboradores; el principio del servicio público; el de la dualidad de bienes del Estado, que permite diferenciar los bienes de naturaleza pública de aquéllos que, si bien pertenecen al Estado, se asimilan a los bienes de los particulares.”¹⁰

Estos principios específicos y normas reguladoras sustentadas en el principio de legalidad y en la presunción de legitimidad del obrar administrativo, aplicadas para resolver controversias relacionadas con la ineficaz prestación de servicios públicos, para esclarecer la responsabilidad estatal, para distinguir el régimen jurídico laboral y sus repercusiones dentro del servicio público, para identificar los caracteres de la contratación pública, le fueron dando en sus inicios especificidad a la jurisdicción contencioso administrativa.

Al respecto, un acontecimiento que en criterio de los doctrinantes constituyó la piedra angular de la génesis del Derecho Administrativo Francés fue el Fallo Blanco, *“proferido por el Tribunal de Conflictos francés en 1873, que se constituyó en el símbolo del nacimiento de esta rama jurídica, por cuanto en él, si bien no por primera vez ni como principio general, pero sí de la manera más clara y expresa, se consagró el principio consistente en que la actividad de la administración debe regirse por normas y principios especiales diferentes de los aplicables a las relaciones entre los particulares, afirmación que constituye la base de la existencia del derecho administrativo.”*

El Consejo de Estado y sus resoluciones instituyen en sí las primeras líneas jurisprudenciales en materia contencioso administrativa, que de a

10 RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. Ob. Cit., p. 300.

poco van trasladándose a otros escenarios geográficos donde se adopta el modelo francés como una jurisdicción independiente y especializada en asuntos de carácter controvertido entre el administrado y el estado.

A decir del tratadista ecuatoriano Marco Morales Tobar, *“en nuestro país los primeros datos de esta institución procedimental, se da en la constitución de 1906, en cuyo artículo 98 número 9, se da la potestad al Consejo de Estado de conocer y decidir sobre los fallos del llamado Tribunal de Cuentas y posteriormente de las resoluciones de la Contraloría General de la Nación, aunque se debe anotar que esto no ocurrió de modo expreso, pero en la práctica así se dio.”*¹¹

Sobre la evolución normativa y reconocimiento del contencioso administrativo en el Ecuador y las funciones conferidas al Consejo de Estado desde la época republicana hasta la consolidación de esta jurisdicción como materia especializada, se ampliará más adelante.

1.2. Revisión conceptual del proceso contencioso administrativo

Es preciso revisar la etimología de las voces “proceso contencioso administrativo” que va a permitir la comprensión efectiva y precisa del concepto, en primer lugar recordemos que la palabra proceso se deriva del *“vocablo processus, de procedere, que viene de pro (para adelante) y cere (caer, caminar), lo cual significa progreso, avance, marchar, ir adelante, ir hacia un fin determinado”*¹².

Para Couture el proceso es *“una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente para resolver mediante juicio (como acto de autoridad) el conflicto de intereses. Su función sustancial es dirimir, con fuerza vinculatoria el litigio sometido a los órganos de la jurisdicción.”*¹³

11 MORALES TOBAR, Marco “El Control de la Administración y la Justicia Constitucional en el Ecuador” Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador. 2005. Corporación Editora Nacional.

12 <http://conceptodefinicion.de/proceso/>.

13 COUTURE, Eduardo J.; Fundamentos del Derecho Procesal Civil; De Palma; Buenos Aires; 1993; p. 122.

De lo citado se entiende que en su acepción principal, proceso significa ir o caminar hacia adelante, hacia la consecución de un objetivo; Couture le atribuye al proceso características jurisdiccionales, en cuanto refiere que su función es arribar a la solución del litigio mediante decisión judicial, similar apreciación nos plantea Guasp cuando menciona que *“el proceso es un instrumento de satisfacción de pretensiones”*¹⁴, pretensiones que sin duda tienen un fin, que no es otro sino el de obtener justicia por parte del órgano jurisdiccional.

El término contencioso *“procede del latín contendere, que proviene a su vez de dos locuciones cum –que significa con y tendere– que explicita luchar, disputar o cuestionar.”*¹⁵; sin duda, un contencioso se traduce en una disputa legal entre el actor o accionante que viene siendo el administrado y el órgano de la administración pública, controversia que se resuelve en sede judicial.

Javier Jiménez Vivas en relación a la unión de los dos vocablos agrega lo siguiente:

*“La expresión “contencioso-administrativo” acompaña, sin duda, al ejercicio por parte de los administrados de su derecho a cuestionar ante el Poder Judicial los actos de la administración, su silencio, su inercia, sus actuaciones materiales, entre otras manifestaciones de los órganos de la administración que surtan efectos sobre los derechos e intereses de los administrados.”*¹⁶

La expresión administrativo *“proviene del latín, se origina en administrativus, administrativa, administrativum, proveniente a su vez de administratio, administrationis (administración) y ésta del verbo administro, administras, administrare, administravi, administratu”*¹⁷, en lo principal se vincula con la actividad

14 GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil, Tomo I, Cárdenas Editor y Distribuidor, Madrid, 1968, p. 16.

15 ALTAMIRA, Pedro Guillermo. Principios de lo Contencioso Administrativo. Editorial Bibliográfica Ameba. Buenos Aires 1962. p. 35.

16 JIMÉNEZ VIVAS, Javier. Significado y El Empleo De La Expresión “Contencioso Administrativo” p. 2.

17 <https://diccionarioactual.com/administrativo/>.

de gestión administrativa; en conclusión, *“histórica y doctrinariamente, la expresión contencioso administrativo se ha definido como el litigio en contra de la administración”*¹⁸.

Roberto Enrique Luqui señala: *“se entiende por materia contenciosa administrativa a una cuestión litigiosa, regida preponderantemente por el derecho administrativo, que se debate ante un órgano jurisdiccional, en la cual es parte el ente público o un sujeto que ejerce actividad administrativa. No basta que la administración pública actúe como parte en una contienda para que sea contenciosa administrativa. Es preciso que la cuestión materia de la controversia implique el examen judicial de una operación administrativa.”*¹⁹

El autor con su concepto trae nuevamente la noción de la contienda que se inicia contra el órgano de la administración, siendo claro según manifiesta, que el objeto del litigio debe girar en torno a la revisión por parte del juzgador del accionar administrativo cuestionado.

Bartolomé Fiorini enfoca la importancia del contencioso como revisor de la legalidad de los diferentes actos emanados de la administración pública, este control ocurre a través del proceso jurisdiccional donde comparecen las partes procesales y se someten a una serie de actos, diligencias y demás requerimientos dispuestos por la autoridad y que terminan con un pronunciamiento que acepta o niega las pretensiones.

Otra cuestión relevante que no puede dejarse de analizar, son los principios en los que se sustenta el proceso contencioso administrativo y que sobre la base de las reformas introducidas por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) deben ser plenamente identificados dentro de la sustanciación del juicio ordinario y sumario y del sistema por audiencias que le caracteriza;

18 CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. Diccionario Jurídico. Editorial Eliasta. Undécima Edición. Buenos Aires. 1993. “C”.

19 LUQUI, Roberto Enrique. Revisión Judicial de la Actividad Administrativa, Tomo 2, Buenos Aires, Astrea, 2005 p. 28.

Indudablemente que debemos partir de la primacía del principio de legalidad que *“no solamente supone la sumisión de la actuación administrativa a las prescripciones del poder legislativo, lo cual viene de su postulado por la misma mecánica de la división de poderes y por el mayor valor formal que a los actos del poder legislativo se concede, sino asimismo el respeto absoluto en la producción de las normas administrativas al orden escalonado exigido por la jerarquía de las fuentes, y finalmente, la sumisión de los actos concretos de una autoridad administrativa a las disposiciones de carácter general previamente dictadas por esa misma autoridad o, incluso, por autoridad de grado inferior siempre que actúe en el ámbito de su competencia.”*²⁰.

De acuerdo al art. 3 del Código Orgánico General de Procesos, otro principio es el de dirección del proceso, que implica que *“La o el juzgador, conforme con la ley, ejercerá la dirección del proceso, controlará las actividades de las partes procesales y evitará dilaciones innecesarias. En función de este principio, la o el juzgador podrá interrumpir a las partes para solicitar aclaraciones, encauzar el debate y realizar las demás acciones correctivas”*²¹.

El principio de oralidad²² en los procedimientos ordinario y sumario es determinante, implica un cambio de esquema procedimental donde las partes procesales deben desarrollar destrezas para argumentar y litigar frente a su contradictor y en presencia del juzgador, precisamente en la audiencia que tal como lo grafica Canosa Suarez, *“el momento más importante del proceso en el que se encuentran cara a cara y en relación directa el administrado y el órgano decisor, en su caso también los testigos y los auxiliares, en un*

20 GARRIDO FALLA, Fernando (con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González) Tratado de Derecho Administrativo, Volumen I, Decimocuarta edición, Madrid, Tecnos, 2005.

21 Código Orgánico General de Procesos. Art. 3.

22 Rosemberg respecto de las ventajas de la oralidad, *“la de la mayor claridad y energía, agilidad y naturalidad en la exposición; la posibilidad, más fácil, de adaptación al caso particular; la eliminación de las malas interpretaciones; el complemento y aclaración de la materia procesal; el alejamiento de las falsedades y triquiñuelas; la posibilidad de la publicidad, que tiene tanto valor para alejar la desconfianza contra los tribunales; el otorgamiento franco de la audiencia a las dos partes; en el caso de los tribunales colegiados, la participación de todos los vocales en la recepción de la materia litigiosa y mediante ello en la sentencia”*. Cfr., ROSEMBERG, L., Tratado de derecho procesal civil, (trad., Romera Vera, A), T. I, Buenos Aires, 1955, pp. 395-396.

escenario vivo y operante, de comprensión y diálogo, con plena intermediación. Es un proceso de día, claro, abierto a la luz de la verdad, donde el juez contempla el rostro de los enfrentados, conoce sus preocupaciones y los interesados sienten al tallador cercano y accesible, pero al mismo tiempo inquieto y preocupado, dentro de la audiencia preliminar en la búsqueda de un acuerdo y, después, si éste no se logra, en la práctica de pruebas, para luego escuchar las alegaciones orales y terminar administrando justicia en la sentencia.”²³

El Art. 4 del Código Orgánico General de Procesos hace alusión al proceso por audiencias de la siguiente forma: “...La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible.”²⁴

No cabe que duda que deben irse abandonando los rasgos del sistema escritural, la cultura del alegato extenso, la experiencia de los sistemas procesales adoptados en la región, nos obliga a incorporar nuevas prácticas en el ejercicio cotidiano de la litigación, “*el proceso oral es, con mucho, el mejor de los dos y el que mejor conviene a la naturaleza y exigencias de la vida moderna, ya que sin comprometer en nada, antes bien, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona ésta con mayor economía, sencillez y celeridad*”.²⁵

Alineado al principio de la oralidad procesal, se encuentra el principio de intermediación²⁶, sobre el cual el art. 6 del COGEP establece: “La o el

23 CANOSA SUAREZ, Ulises. El Proceso Civil por Audiencias. P. 71.

24 Código Orgánico General de Procesos. Art. 4.

25 CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho procesal civil, cit., pp. 153-175.

26 “El concepto de intermediación se refiere también a la continuidad de la discusión. Esta deriva de la exigencia de garantizar el recuerdo de todos los hechos que se exponen en la discusión y en primer lugar de aquellos que tienen relevancia probatoria en vista de la sentencia. Este tipo de intermediación es, a su vez, consecuencia del carácter oral de las pruebas del debate y de la predominante importancia y valor de la oralidad respecto a la escritura de las actas o de otros documentos que seguidamente sean leídos.” HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Victoria. Los principios generales de oralidad y escritura en el proceso canónico según la instrucción “Dignitas connubii”.

juzgador celebrará las audiencias en conjunto con las partes procesales que deberán estar presentes para la evacuación de la prueba y demás actos procesales que estructuran de manera fundamental el proceso. Solo podrán delegar las diligencias que deban celebrarse en territorio distinto al de su competencia. Las audiencias que no sean conducidas por la o el juzgador serán nulas.”

La inmediación en el contencioso administrativo ocurre en las audiencias, donde accionante, accionado y juzgador tienen la oportunidad de rebatir posiciones, argumentos y pretensiones, tal como lo advierte Robert Millar:

“El principio de inmediación exige la relación directa del juez con las partes y los elementos de prueba que él debe valorar para formar su convicción. Cuando existe un intermediario, como ocurre en el proceso escrito, la convicción del juez se forma bajo influjos de comunicación preparada por un tercero, lo que puede traducirse en aumento del margen de error en el entendimiento.”²⁷

Corresponde analizar si se ha trastocado el principio de inmediación dentro de las audiencias en los tribunales de lo contencioso administrativo, cuando por efecto de la emergencia sanitaria global se han incorporado nuevas reglas para litigar, me refiero específicamente a las video audiencias por medios telemáticos. Es una realidad innegable la irrupción tecnológica en el derecho, sin embargo tendremos que evaluar y diagnosticar en el menor tiempo, sus limitaciones o fortalezas.

Si bien la acción contencioso administrativa va dirigida a impugnar un acto administrativo expedido desde la administración pública, es necesario entender que lo que se ataca o impugna en sí, es la actuación irregular o en algunos casos arbitraria del funcionario público que se encuentra ejerciendo esa función dentro del órgano o entidad del sector público; por ello resulta conveniente la revisión de las características del proceso contencioso administrativo en la línea de diferenciarlo del procedimiento administrativo, cuestiones que se abordan en el siguiente acápite.

27 MILLAR, Robert W. Los Principios Formativos del Procedimiento Civil. Buenos Aires. 1945. p. 169.

1.3. Diferencia entre procedimiento administrativo y proceso contencioso administrativo

El término proceso desde su raíz etimológica processus implica avanzar, ir hacia delante, tiene una connotación bastante amplia aplicable para particularizar e identificar diferentes áreas del conocimiento.

Se entiende que un proceso implica el desarrollo secuencial de etapas, momentos, fases con el objetivo de alcanzar un resultado. El proceso es el género y cuando nos referimos a un proceso constitucional, a un proceso legislativo, a un proceso contractual o a un proceso contencioso administrativo, nos referimos a la especie.

Por ejemplo dentro de un proceso legislativo en el que el objetivo es expedir una ley, primero se deberá presentar el proyecto de ley, luego tendrá que ser calificado por el Consejo de Administración Legislativa (CAL), continuará a primer y segundo debate, luego de lo cual será remitido al Pleno de la Asamblea para su aprobación, en lo posterior será remitido al Ejecutivo para su objeción parcial o total y finalmente será publicado en el Registro Oficial.

Con la referencia expuesta, se puede comprender que no siempre el término proceso se aplica al espacio jurisdiccional; *“desde el punto de vista estrictamente jurídico, la confusión ha llevado a identificar al proceso con una connotación eminentemente judicial, al considerarlo como el conjunto de actuaciones que se realizan en sede judicial y que concluyen con una sentencia, a diferencia del procedimiento, que se aplica a todas las materias, como la forma en que las actuaciones se realizan. Por ello se habla de procedimientos judiciales dentro del proceso, y de procedimientos administrativos, en el ejercicio de la función administrativa.”*²⁸

Con este preámbulo, es necesario advertir sobre las diferencias existentes entre procedimiento administrativo y proceso contencioso administrativo y ubicar dentro de los espacios apropiados los caracteres y peculiaridades

28 http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Derecho_Administrativo/Pdf/Unidad_11.pdf.

propias de cada uno, sobre esto la doctrina abunda y permite identificar las distancias entre ambas instituciones.

Las relaciones entre la administración pública y los administrados propician indudablemente una serie de actividades que generan en algún momento actuaciones y decisiones de la autoridad que ejerce una función administrativa, lo cual conlleva a la producción de efectos jurídicos en los particulares, esta es una aproximación a la noción de procedimiento administrativo;

En la percepción de Marco Morales Tobar, el procedimiento debe ser entendido como *“una serie reglada de actos y como el escenario principal en el cual se resuelven las situaciones jurídicas de los administrados, que se ven afectadas por el ejercicio de poder de la Administración Pública, es recomendable referirnos a la distinción efectuada por buena parte de la doctrina que separa al procedimiento del proceso administrativo, en vista de que el primero corresponde al ejercicio de la auto tutela de la Administración Pública, y el segundo deriva del principio de tutela judicial efectiva.”*²⁹

El tratadista Luis Delgadillo Gutiérrez refiere:

*“El proceso y el procedimiento son una serie de actos convenidos, en el proceso (judicial) se desenvuelven ante un tercero independiente e imparcial que está por encima de las partes y que termina con una sentencia, y en el procedimiento (administrativo) esa serie de actos termina con un acto administrativo, con una decisión de la autoridad administrativa”*³⁰.

De los conceptos expuestos hay que distinguir entonces que el proceso se resuelve mediante sentencia pronunciada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, mientras que el procedimiento administrativo culmina con la expedición de una resolución o acto administrativo, al

29 MORALES TOBAR, Marco. Derecho Procesal Administrativo- Texto-Guía. p. 318.

30 DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. Principios de Derecho Tributario, Editorial PAC, México, p. 154.

cual le preceden ciertos actos preparatorios de la voluntad administrativa, *“ese conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo es lo que constituye el procedimiento administrativo”*³¹.

Nava Negrete en aras de profundizar sobre la diferencia entre los dos institutos objeto de análisis en este acápite manifiesta:

*“Todo proceso es un procedimiento, implica siempre un conducto que se rebela en un conjunto o serie de actos procedimentales coordinados, conformados por la finalidad que persiguen y que en el proceso siempre es la voluntad de la ley, que es en lo que consiste el acto jurisdiccional de la sentencia y con la que se reviste a la justicia. Así que no todo procedimiento es un proceso, sólo aquel que tiende a asegurar la observancia de las normas que regulan las relaciones jurídicas... En suma, proceso es función y estructura, o sea vía jurisdiccional y procedimiento. Procedimiento es rito, cauce, conducto integrado por actos que se ordenan a una finalidad jurisdiccional o no.”*³²

El procedimiento administrativo tradicionalmente ha ocurrido dentro de las instituciones que forman parte del sector público, sin embargo, especial atención merece lo preceptuado en el inciso tercero del art. 301³³ del Código Orgánico General de Procesos en relación a que las empresas privadas en los casos previstos en la norma, también están sujetas a la jurisdicción contencioso administrativa, cuando ejercen potestades estatales bajo delegación o concesión para la prestación de servicios públicos y en el caso de tener que responder por los daños ocasionados. Consecuentemente todas estas actividades o actos del administrado contribuyen para la formación de la voluntad administrativa que puede exteriorizarse luego a través de diferentes formas (actos administrativos, hechos administrativos, actos normativos, contratos administrativos).

31 FRAGA, Gabino. Derecho Administrativo, Editorial Porrúa, S.A., México, 1984.

32 NAVA NEGRETE. Derecho Procesal Administrativo, Porrúa, México, 1959, pp. 73, 76.

33 Código Orgánico General de Procesos Art. 301. (...) *Están sujetos a la jurisdicción contencioso administrativa también las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, por las acciones u omisiones que ocasionen daños en virtud del servicio concesionado o delegado.*

Una importante diferencia entre procedimiento administrativo y proceso contencioso administrativo, es que el primero se sustenta en el principio de auto tutela de la administración, *“en virtud del cual la administración está facultada para declarar y ejecutar su derecho sin necesidad de acudir ante la Función Judicial”*³⁴, y el segundo en el principio de tutela judicial efectiva, *“entendida como la satisfacción efectiva de los fines del Derecho que posibilita la realización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas”*³⁵.

Nuestra Constitución de la República en su art. 75 en forma taxativa y en relación a la tutela judicial efectiva expresa:

*“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia ya la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.”*³⁶

Continuando con las distinciones entre procedimiento y proceso, el administrativista Agustín Gordillo establece otra importante distinción al referir lo siguiente:

“Al hablar de proceso se destaca que el conjunto de actos en consideración tiene por finalidad esencial llegar al dictado de un determinado acto: En el concepto que adoptamos, ese acto es el jurisdiccional. Al hablar de procedimiento, por el contrario, se prescinde del fin que la secuencia de actos pueda tener, y se señala tan sólo ese aspecto externo, de que existe una serie de actos que se desenvuelven progresivamente”.³⁷

Recordemos que en sede o instancia administrativa no cabe hablar de jurisdicción, ésta como potestad de administrar justicia es un patrimonio inalienable de la función judicial.

34 AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. La estabilidad del acto administrativo en la Legislación Ecuatoriana. Revista Judicial Derecho Ecuador.

35 GARCÍA PULLES, Fernando Tomo I, p. 153.

36 Constitución de la República del Ecuador. Art. 75.

37 GORDILLO, Agustín. El Procedimiento Administrativo. Parte general I, p. 4.

En la perspectiva del marco legal, en el Ecuador ha sido el Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), el que ha regulado desde el 18 de marzo del 2002 en forma limitada el procedimiento administrativo:

“Art. 1.- OBJETO.- El presente estatuto instituye principalmente la estructura general, el funcionamiento, el procedimiento administrativo común y las normas sobre responsabilidad de los órganos y entidades que integran la Administración Pública Central e Institucional y que dependen de la Función Ejecutiva.”

El ERJAFE fue aplicado muchas veces en forma supletoria ante la ausencia de normativas específicas dentro de instituciones y órganos que no dependen del Ejecutivo³⁸, el procedimiento administrativo hasta antes de la vigencia del Código Orgánico Administrativo (COA) no ha tenido en nuestro país un cuerpo normativo que fije directrices y lineamientos de carácter general para reglar la relación entre administrados y el resto de la administración pública, esto ha generado confusión e inseguridad jurídica, en razón de que la dispersión de normas y procedimientos administrativos que han sido y son aplicados dentro de las diferentes entidades, ha desviado en algunos casos la efectiva tutela de la administración y ha propiciado actuaciones ilegales de autoridades y excesos en el ejercicio de las facultades discrecionales.

El Código Orgánico Administrativo (COA) que se infiere deroga expresamente algunas disposiciones del ERJAFE según se observa de la lectura de su disposición derogatoria primera que dice: *“Deróganse todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias*

38 Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE) Art. 2.- (...) *La organización, funcionamiento y procedimiento de las otras administraciones públicas; de las Funciones Legislativa, Judicial y Electoral; y, en general de aquellas entidades y órganos que no integran ni dependen de la Función Ejecutiva se regulan por sus leyes y reglamentos especiales. En cualquier caso en aquellas materias no reguladas por leyes y reglamentos especiales, las personas jurídicas del sector público autónomas cuyos órganos de dirección estén integrados por delegados o representantes de la Función Ejecutiva, podrán aplicar, de forma supletoria las disposiciones del presente estatuto.*

*y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando*³⁹; en el Título I del Libro Segundo regula las normas generales del procedimiento administrativo, siendo que su art. 34 refiere lo siguiente:

“Art. 134.- Procedencia. Las reglas contenidas en este Título se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos, en lo que no afecte a las normas especiales que rigen su provisión. No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos.

*Los reclamos administrativos, las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas y la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, se sustanciarán en procedimiento administrativo. (...)*⁴⁰

Se colige de la lectura del art. 134 que hay tres tipos de procedimientos que regula el COA, los procedimientos administrativos propiamente entre los que se incluyen aquellos de simple gestión, los especiales entre los que se incluyen los de tipo sancionatorio y los ejecutivos como los coactivos; y el procedimiento para proveer bienes y servicios.

Expresamente se indica en la misma disposición, que las reglas del procedimiento administrativo del COA no se aplican a los procedimientos derivados del control de recursos públicos, este es un matiz importante que deja entrever la supletoriedad del COA en algunas materias.

Mucho se ha dicho respecto del rol de la administración pública al momento de tramitar el procedimiento administrativo, por demás cuestionado el hecho de que la entidad u órgano actúe como juez y parte, con la distancia que ya hemos señalado respecto de que el funcionario de la administración no tiene la calidad de juez, sin embargo, en el escenario de un conflicto suscitado en sede administrativa el administrado cada vez

39 Código Orgánico Administrativo. Disposición Derogatoria Primera.

40 Código Orgánico Administrativo. Art. 134.

expresa su desconfianza por la parcialidad de las decisiones del órgano administrativo que pueden ocurrir en ciertas ocasiones generalmente cuando se inadmiten los recursos administrativos.

Ante esto se debe precisar, que el procedimiento administrativo se sustenta en principios de obligatoria observancia por parte de la autoridad pública, el derecho administrativo está presente para equilibrar las relaciones entre los intereses públicos y las garantías de los administrados, se trata de un *“rasgo característico del procedimiento administrativo, constituye la doble condición de juez y parte que reúne la Administración Pública, lo cual le permite auto tutelar sus actuaciones a través del enderezamiento en su propia sede, de conductas contrarias a Derecho. Por tanto, resulta inobjetable la conveniencia de la aplicación de este sistema de control tanto en beneficio de la Administración Pública como de los administrados, pues por un lado se abre la posibilidad de reducir la conflictividad contencioso-administrativa y por el otro, se cuenta con la oportunidad de tutelar los derechos de los administrados de forma expedita.”*⁴¹

En el procedimiento administrativo el administrado que se sienta afectado en sus derechos por las resoluciones del órgano de la administración (multas, sanciones administrativas y otras resoluciones), está facultado para presentar recursos administrativos, con el objeto de que pueda ser revisada y revocada dicha resolución o acto administrativo que le ha sido lesivo a sus derechos subjetivos; García de Enterría en relación a los recursos administrativos advierte que se trata de *“un segundo círculo de garantías, puesto que permite a los administrados reaccionar frente a los actos y disposiciones lesivos a sus intereses y obtener, eventualmente, su anulación, modificación o reforma”* (García de Enterría 2005 Tomo II, pág. 452).

Por su parte Armando Canosa al tratar sobre el recurso administrativo menciona que es:

“toda impugnación en término de un acto administrativo, interpuesto por quien el acto lo afecte en un derecho jurídicamente protegido, invocando razones de legitimidad o de

41 MORALES TOBAR, Marco. Ob. Cit. p. 320.

oportunidad, mérito o conveniencia, con el objeto de que el órgano que emitió el acto, un superior jerárquico determinado o el órgano que ejerce el control de tutela proceda a revocar, modificar o sanear el acto administrativo cuestionado”⁴².

En materia de impugnación por vía administrativa, el COA asume en su ámbito material las reglas de aplicación, uno de los primeros cambios es la extinción del recurso de reposición que se había venido desnaturalizando con el pasar del tiempo, generando dudas en el administrado por las recurrentes inadmisiones; Al respecto, el art. 219 del recién publicado cuerpo normativo dice:

“Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión.

Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo.

El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial.”⁴³

En el proceso contencioso administrativo, el administrado también puede reclamar por la tutela de sus derechos en sede judicial a través de las acciones contencioso administrativas tal como lo faculta el art. 326 del Código Orgánico General de Procesos⁴⁴; a través de la demanda que se presenta ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

42 CANOSA, Armando, El Concepto de Recurso Administrativo, p. 589.

43 Código Orgánico Administrativo. Art. 219.

44 Código Orgánico General de Procesos. “Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos. 2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. 3. La de lesividad que pretende revocar un acto

Francisco Tinajero Villamar sobre la impugnación por vía judicial menciona:

*“el fundamento del contencioso administrativo resulta ser, pues, la necesidad de que las cuestiones de derecho sean puestas, en último grado, en la órbita de un tercero imparcial capaz de ofrecer las suficientes garantías al imperio del derecho”, Invocando a Diez el mismo jurista señala que “la situación especial de la administración por las prerrogativas que goza, hace que el proceso contencioso administrativo sea la contrapartida del carácter desigual de las relaciones entre la administración y los particulares”.*⁴⁵

Las diferencias son notorias entre proceso contencioso administrativo y procedimiento administrativo, el primero implica la resolución de la controversia ante un juzgador, en virtud de pretensiones claramente demandadas; El segundo tiene lugar dentro de la administración pública, que es quien resuelve y al mismo tiempo es parte dentro del procedimiento o trámite administrativo; *“fluye con claridad que en el proceso contencioso administrativo, sí se identifican partes procesales cuyas pretensiones son plenamente individualizables y su dilucidación se la somete a un tercero imparcial, independiente de la función administrativa, a diferencia de la lógica que impera en la estructura del procedimiento administrativo, en la cual la Administración actúa como revisora de su propia conducta, y correlativamente, el administrado, actúa como un sujeto que colabora con la Administración, al confrontar mediante los recursos que se le reconoce en sede administrativa, la legalidad de las actuaciones del Administrador”*⁴⁶

administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público. 4. Las especiales de: a) El silencio administrativo. b) El pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República. c) La responsabilidad objetiva del Estado. d) La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley. e) Las controversias en materia de contratación pública. f) Las demás que señale la ley.

45 TINAJERO VILLAMAR, Francisco Conferencia dictada el 20 de noviembre de 1986, durante el III Congreso Internacional de Derecho Administrativo “Los Cien Años de la Constitución”, Bogotá, en Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, No.10, Año 1991, Quito.

46 MORALES TOBAR, Marco. Ob. Cit. p. 352.

1.4. Revisión histórica de las facultades del Consejo de Estado en el Ecuador hasta la consolidación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Es relevante dedicar algunas líneas para analizar como inician los primeros intentos de regulación y reconocimiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Ecuador partiendo del contexto constitucional, considerando que el Consejo de Estado Francés con los principios y criterios orientadores de sus primeros fallos no tardaron en ser replicados en otras jurisdicciones territoriales.

Si miramos en retrospectiva la historia de nuestro constitucionalismo, hemos de verificar que en cada una de las constituciones expedidas desde que somos República, esto es desde 1830, se incluye dentro de la estructura orgánica al Consejo de Estado o Consejo de Gobierno, como figura en algunas de estas Cartas Políticas, como un órgano de nivel asesor, con competencias y atribuciones que han ido variando conforme ha transcurrido el tiempo.

A continuación me refiero conforme al orden cronológico, a las distintas regulaciones que ha tenido el Consejo de Estado desde la época republicana hasta la actualidad donde se ha sacramentado con la Constitución de la República del año 2008 el control de la legalidad en sede judicial de los actos emanados desde la administración pública.

En la Constitución de Riobamba de 1830 podemos revisar que el Consejo de Estado es reconocido como órgano consultivo del Ejecutivo, de acuerdo a los arts. 42 y 44 de dicha carta política:

“Artículo 42.- Para auxiliar al Poder Ejecutivo en los diversos ramos de la administración habrá un Consejo de Estado compuesto del Vicepresidente, del Ministro Secretario y del Jefe de Estado Mayor General, de un Ministro de la Alta Corte de Justicia, de un eclesiástico respetable; y de tres vecinos de reputación nombrados por el Congreso. Por falta del Vicepresidente presidirán los Consejeros por el orden designado.

Artículo 44.- Corresponde al Consejo de Estado dar dictamen para la sanción de las leyes; en todos los negocios graves en que fuere consultado: sobre los proyectos de ley que presentare el Gobierno; y llenar las demás funciones que le atribuye la Constitución.”⁴⁷

En la Constitución de Ambato de 1835 este órgano consultivo adquiere la denominación de Consejo de Gobierno, manteniendo sus potestades respecto de emitir dictámenes sobre los proyectos de ley presentados por el Ejecutivo;

“Art. 73.- El Presidente de la República tendrá un Consejo de Gobierno compuesto del Vicepresidente, de los Secretarios del Despacho, de un Ministro de la Alta Corte, y de un Eclesiástico de luces y reputación, nombrados por el Poder Ejecutivo. El último ex-Presidente de la República, podrá concurrir al Consejo con voz y voto.

Art. 74.- Corresponde al Consejo de Gobierno dar dictamen, sobre los proyectos de ley que presente el Poder Ejecutivo, en la sanción de las leyes, y en todos los negocios graves en que fuere consultado; y llenar las demás funciones que le atribuye la Constitución. El Poder Ejecutivo no está obligado a seguir el dictamen del Consejo de Gobierno.”⁴⁸

La Constitución de 1843 mantiene la figura del Consejo de Gobierno en su Art. 68, sin mayor distinción en cuanto a sus facultades de órgano asesor del poder ejecutivo y la administración pública;

“Artículo 68.- Los Ministros Secretarios de Estado, con el Vicepresidente de la República que los preside, componen el Consejo de Gobierno, para auxiliar al Poder Ejecutivo en los diversos ramos de la administración pública, en la sanción de las leyes, y en todos los casos en que tenga por conveniente consultarle, quedando siempre en libertad de conformarse, o no, con su dictamen.”⁴⁹

En la Constitución de 1851 el texto constitucional cambia la nomenclatura y se refiere nuevamente al Consejo de Estado y no de Gobierno, observándose que se mantiene dentro de su conformación la presencia

47 Constitución política de la República del Ecuador de 1830 Arts. 42 y 44.

48 Constitución política de la República del Ecuador de 1835 Arts. 73 y 74.

49 Constitución política de la República del Ecuador de 1843 Art. 68.

de un representante del Clero; así mismo se observa una mínima ampliación de las facultades de dicho órgano;

“Artículo 75.- El Consejo de Estado se compondrá de tres Consejeros, de un Ministro de la Corte Suprema y de un eclesiástico, nombrados todos por la Asamblea Nacional, a pluralidad absoluta de votos; debiendo el eclesiástico tener renta propia, y residencia en la Capital de la República.

Artículo 82.- Corresponde al Consejo de Estado: 1. Velar sobre la observancia de la Constitución y de las leyes, dirigiendo al Poder Ejecutivo, bajo su responsabilidad, en caso de omisión, las reclamaciones correspondientes hasta por segunda vez; y dar cuenta a la Asamblea Nacional en su próxima reunión. 2. Conceder o negar, bajo su responsabilidad, al Poder Ejecutivo las facultades de que hablan los Artículos 60 y 61. 3. Dar su dictamen o acuerdo en los casos designados por esta Constitución y por las leyes, pudiendo prestar su dictamen en cualesquiera otros en que lo solicite el Poder Ejecutivo. 4. Preparar los proyectos de ley, que en su concepto, crea que el Poder Ejecutivo deba presentar a la Asamblea Nacional. 5. Admitir o negar las excusas y renunciaciones de los Ministros de la Corte Suprema, en receso de la Asamblea Nacional. 6. Admitir y preparar para la Asamblea Nacional los recursos de queja que se interpongan contra la Corte Suprema o sus Ministros.”⁵⁰

En la Constitución de Guayaquil de 1852, se observa un ligero cambio en la estructuración del Consejo de Gobierno, a diferencia de la Constitución de 1851, que refería que se compondrá de tres Consejeros, en esta carta política se hace alusión a que se integrará por secretarios del despacho; así mismo, se observa que en el art. 86 le da facultad para nombrar Gobernadores de las provincias y los Ministros de los Tribunales de justicia.

“Artículo 85.- El Consejo de Gobierno se compondrá de los Secretarios del Despacho, de un Ministro de la Corte Suprema o Corte de Apelaciones, y de un eclesiástico de luces; será presidido por el Vicepresidente de la República, y, en su falta, por el Ministro del Interior.

50 Constitución política de la República del Ecuador de 1851 Arts. 75 y 82.

Artículo 86.- El Presidente o Encargado del Poder Ejecutivo del Consejo de Gobierno en los casos siguientes oír el dictamen: 1. Para dar o rehusar su sanción a los proyectos de ley y demás actos legislativos que le pase el Congreso; 2. Para convocarlo extraordinariamente; 3. Para solicitar del mismo Congreso la autorización de declarar la guerra y para hacer la declaratoria después de autorizado; 4. Para nombrar agentes diplomáticos; 5. Para nombrar los Gobernadores de las provincias y los Ministros de los Tribunales de justicia; 6. Para conmutar la pena de muerte; y 7. Para los demás casos prescritos por la Constitución o las leyes.”⁵¹

En la Constitución de 1861 no se modifica en su fondo la estructuración del Consejo de Gobierno, en cuanto a las atribuciones, no se reconoce la facultad para nombrar agentes diplomáticos, Gobernadores y Ministros de los Tribunales de justicia.

“Artículo 80.- Habrá en la Capital de la República un Consejo de Gobierno compuesto del Vicepresidente de la República, que lo presidirá, de los Ministros Secretarios del Despacho, de un vocal de la Corte Suprema, de un eclesiástico y de un propietario; estos tres últimos serán nombrados por el Congreso.

Artículo 83.- Corresponde al Consejo de Gobierno: 1. Conceder o negar bajo su responsabilidad al Poder Ejecutivo las facultades extraordinarias, y retirarlas cuando haya cesado el peligro; 2. Preparar los proyectos de ley que en su concepto deba el Poder Ejecutivo presentar al Congreso; 3. Admitir y preparar para el Congreso los recursos de queja que se interponga contra la Corte Suprema o sus Ministros; 4. Ejercer las demás atribuciones que prescriben la Constitución y las leyes.”⁵²

En el art. 69 de la Constitución de 1869 se observa que el Consejo de Estado es presidido por el Presidente de la República, además se le hace extensiva a diferencia de las constituciones anteriores, la facultad de autorizar bajo su responsabilidad al Poder Ejecutivo, para declarar el estado de sitio.

51 Constitución política de la República del Ecuador de 1852 Arts. 85 y 86.

52 Constitución política de la República del Ecuador de 1852 Arts. 80 y 83.

“Artículo 69.- Habrá un Consejo de Estado, presidido por el Presidente de la República y compuesto de los Ministros Secretarios del Despacho, de un Ministro de la Corte Suprema, de otro del Tribunal de Cuentas, de un eclesiástico y de un propietario, que tengan las calidades que se requieren para ser Senador, nombrados por el Presidente.

*Artículo 71.- Corresponde al Consejo de Estado: 1. Autorizar bajo su responsabilidad, al Poder Ejecutivo, para declarar el estado de sitio; 2. Preparar los proyectos de ley que en su concepto deba el Poder Ejecutivo presentar al Congreso; 3. Admitir y preparar para el Congreso los recursos de queja que se interpongan contra la Corte Suprema o sus Ministros; 4. Ejercer las demás atribuciones que prescriben la Constitución y las leyes.”*⁵³

En la Constitución de Ambato de 1878 mantiene la potestad el Consejo de Estado para dictaminar sobre casos relacionados la sanción de proyectos de ley y las demás funciones que en las anteriores cartas políticas se reconocen, como el poder conceder o negar al Ejecutivo las facultades extraordinarias y retirarlas, cuando haya pasado el peligro; así de describe en las normas que a continuación se citan:

“Artículo 91.- El Presidente, o el Encargado del Poder Ejecutivo, debe oír el dictamen del Consejo de Estado, en los casos siguientes: para dar o rehusar su sanción a los proyectos de ley y demás actos legislativos que le pase el Congreso; para convocar a éste extraordinariamente; para solicitar del mismo Congreso el decreto que le autorice a declarar la guerra; y para los demás casos prescritos por la Constitución y las leyes, o en que el Ejecutivo tenga a bien pedir su dictamen, con el que puede conformarse o no.

Artículo 92.- Corresponde al Consejo de Estado: 1. Conceder o negar, bajo su responsabilidad, al Poder Ejecutivo las facultades extraordinarias, y retirarlas, cuando haya pasado el peligro; 2. Admitir y preparar para el Congreso los recursos de queja que se propongan contra los Ministros de la Corte Suprema; 3. Ejercer las demás atribuciones que le prescriben la Constitución y las leyes; y 4. Llenar, en receso del

53 Constitución política de la República del Ecuador de 1869 Arts. 69 y 71.

*Congreso, las vacantes de los Consejeros de Estado, excepto las del Designado y de los Secretarios del Despacho.”*⁵⁴

En la Constitución de 1884 no presenta mayores variaciones en cuanto a los casos en los que el Presidente de la República debe escuchar dictamen del Consejo de Estado, así como a las mismas atribuciones conferidas a éste:

“Artículo 105.- El Presidente de la República, o el Encargado del Poder Ejecutivo, debe oír el dictamen del Consejo de Estado, para: 1. Sancionar o no los proyectos de ley y demás actos legislativos; 2. Convocar el Congreso extraordinariamente; 3. Solicitar de éste el decreto que le autorice para declarar la guerra; y 4. Nombrar Gobernadores de provincia. También deberá dar dictamen el Consejo de Estado en los demás casos prescritos por las leyes, o cuando el Presidente de la República o el Encargado del Poder Ejecutivo tenga a bien pedírselo.

*Artículo 106.- Corresponde al Consejo de Estado: 1. Conceder o negar al Poder Ejecutivo, cuando no esté reunido el Congreso, y bajo su responsabilidad, las facultades extraordinarias, y retirárselas tan luego como hubiere cesado el peligro; 2. Preparar los recursos de queja que se propongan contra los Ministros de la Corte Suprema, y presentarlos al Congreso; 3. Elegir, a falta de éste, las personas que han de ocupar las vacantes de los Consejeros de Estado, excepto la del Vicepresidente de la República, Secretarios de Estado, y del Fiscal de la Corte Suprema; y 4. Ejercer las demás atribuciones que le confieren la Constitución y las leyes.”*⁵⁵

En la Constitución de 1897 se observa que en la conformación del Consejo de Estado se incluye al Rector de la Universidad Central, se regula un orden de prelación para reemplazar al Vicepresidente en la conducción del Consejo, pudiendo subrogarle el Ministro Fiscal de la Corte Suprema y falta de éste un Consejero designado por los demás.

“Artículo 108.- Habrá en la Capital del Ecuador un Consejo de Estado compuesto del Vicepresidente de la República, los Ministros Secretarios de Estado, Ministro Fiscal

54 Constitución política de la República del Ecuador de 1878 Arts. 91 y 92.

55 Constitución política de la República del Ecuador de 1884 Arts. 105 y 106.

de la Corte Suprema, Presidente del Tribunal de Cuentas, Rector de la Universidad Central, dos Senadores, dos Diputados y dos ciudadanos que tengan los requisitos que para Diputado. El Congreso, en cada reunión anual, elegirá los siete últimos; quienes podrán ser reelegidos indefinidamente. Presidirá el Consejo el Vicepresidente de la República; por su falta, le subrogará el Ministro Fiscal de la Corte Suprema; y, a falta de éste, un Consejero nombrado por los demás.

Artículo 109.- En receso del Congreso, corresponde exclusivamente al Consejo de Estado: 1. Autorizar al Ejecutivo de acuerdo con la atribución 4 del Artículo 65 para que obtenga empréstitos voluntarios en tiempo de paz con tal que se juzguen indispensables para la recta administración pública; 2. Preparar las acusaciones contra el Ejecutivo, y los recursos de queja que se propongan contra los Ministros de la Corte Suprema; 3. Llenar las vacantes de los Consejeros de Estado, excepto las del Vicepresidente de la República y de los Secretarios del Despacho; y 5. Ejercer las demás atribuciones prescritas por esta Constitución y las leyes. En los tres primeros casos, y cuando se trate de confinar, los Ministros Secretarios de Estado, sólo tendrán voto meramente informativo, y, cuando éstos asistan todos, nunca se abrirá la sesión con menos de once Consejeros.”⁵⁶

La Carta Política de 1906 presenta un importante avance en materia de regulación de protección de derechos, por primera vez se le reconoce al Consejo de Estado la atribución para actuar como ente garantista del respeto de las normas constitucionales y de las leyes, incluso con la facultad de hacer observar su cumplimiento a las demás autoridades como el presidente y a los magistrados.

“Artículo 98.- Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1. Velar por la observancia de la Constitución y las leyes, y proteger las garantías constitucionales, excitando para su respeto e inviolabilidad al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia y a las demás autoridades a quienes corresponda,”⁵⁷

En la Constitución de 1929 podemos advertir que dentro de las atribuciones conferidas al Consejo de Estado se mantiene la facultad de hacer

⁵⁶ Constitución política de la República del Ecuador de 1897 Arts. 108 y 109.

⁵⁷ Constitución política de la República del Ecuador de 1906 Art. 98.

observar el respeto de derechos y garantías ciudadanas, se le faculta declarar la nulidad de actos normativos dictados por el ejecutivo en contradicción con la constitución y la ley, lo cual representa un primer avance en materia de control de la legalidad; en el literal 10 del art. 117, se le faculta por primera vez al Consejo de Estado el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativo.

*“Artículo 117.- Son atribuciones y deberes del Consejo de Estado: 1. Velar por la observancia de la Constitución y de las leyes y, especialmente, de las garantías constitucionales, excitando, para el efecto, en caso necesario, al Poder Ejecutivo, a los Tribunales de Justicia o a cualquiera otra autoridad; 2. Declarar, por acción popular, la nulidad de los Decretos o Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo, en contravención a la Constitución y a las leyes de la República, 3. Informar acerca de los proyectos de Ley que sometiere a su dictamen el Poder Ejecutivo, para elevarlos al Congreso; 10. Ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo, en la forma y casos determinados por la Ley;”*⁵⁸

En la Constitución de 1945 se crea el Tribunal de Garantías Constitucionales con jurisdicción en toda la República, integrado por tres diputados elegidos por el Congreso, el Presidente de la Corte Suprema, un representante del Presidente de la República, el Procurador General de la Nación, un representante de los trabajadores, elegido conforme a la ley y dos ciudadanos elegidos por el Congreso; podemos observar que en esta carta política se empieza a afianzar el control de legalidad y el control constitucional en el Ecuador, así mismo se puede advertir que el Tribunal asume la competencia para conocer asuntos sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa.

Artículo 160.- Son atribuciones y deberes del Tribunal de Garantías Constitucionales (...)

“2. Formular observaciones acerca de los decretos, acuerdos, reglamentos y resoluciones que a su juicio se hubieren dictado con violación de la Constitución o de las leyes, previa audiencia de la autoridad u organismo que los hubieren expedido.

58 Constitución política de la República del Ecuador de 1929 Art. 117.

3. Dictaminar acerca de la inconstitucionalidad de los proyectos de ley o decreto, en el caso señalado en el Artículo 41;

4. Suspender la vigencia de una ley o precepto legal considerados inconstitucionales, hasta que el Congreso dictamine acerca de ellos.

*8. Ejercer jurisdicción en lo contencioso-administrativo, y en la forma que determine la ley; (...)"*⁵⁹.

En la Constitución de 1946 se observa la presencia nuevamente del Consejo de Estado dentro del Título X que trata de las Instituciones Varias, en el Artículo 146 se mantienen las atribuciones del referido órgano, y se incorpora como una de sus competencias la de dar dictamen en materia de contratación pública, además de mantener su deber de efectuar un control previo de constitucionalidad y legalidad de distintos actos normativos, excepto de sentencias judiciales y de atender y resolver las controversias suscitadas contra el Estado.

“2. Formular observaciones acerca de los Decretos, Acuerdos, Reglamentos y Resoluciones que se hubieren dictado o se dictaren con violación manifiesta de la Constitución o de las leyes. Esta disposición no alcanza a los fallos emitidos por los organismos de la Función Judicial.

5. Dar su dictamen en los contratos que no estuvieren comprendidos en el numeral 6 del Artículo 53 y que, por su cuantía, requieren de licitación, y en los asuntos en que quisiere o debiere oírle el Ejecutivo;

*8. Conocer y decidir en las cuestiones contencioso-administrativas;”*⁶⁰

En la Constitución de 1967 se incluye el Capítulo II De lo Contencioso, y en sus artículos del 213 al 218 se incorporan regulaciones que norman la jurisdicción contencioso administrativa, creándose los Tribunales de lo Contencioso con sede en Quito y jurisdicción en todo el territorio

⁵⁹ Constitución política de la República del Ecuador de 1945 Art. 160.

⁶⁰ Constitución política de la República del Ecuador de 1929 Art. 146.

nacional, además se crea el Tribunal Fiscal con competencias en materia tributaria y aduanera; en esta Constitución según se desprende de su art. 218, se reconoce también la facultad coactiva del Estado.

“Artículo 215.- Al Tribunal de lo contencioso administrativo corresponde conocer las impugnaciones que las personas naturales o jurídicas hicieran contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las entidades semipúblicas, y resolver acerca de su ilegalidad o inaplicabilidad; correspóndele igualmente conocer y resolver lo concerniente a las violaciones de la ley reguladora de la Carrera Administrativa, y declarar la responsabilidad, de la Administración, y de sus funcionarios y empleados.

Artículo 216.- El Tribunal Fiscal conocerá y decidirá las cuestiones contencioso tributarias, inclusive las aduaneras y las que nazcan de la violación de sus leyes tributarias; también, las impugnaciones a las resoluciones de la Contraloría que establezcan responsabilidad económica en materia fiscal, en la gestión económica estatal, municipal, o de otras instituciones sometidas al control y juzgamiento de aquélla, y las demás cuestiones cuya resolución le atribuya la ley.

*Artículo 218.- El procedimiento coactivo se establece en favor del Fisco, y demás instituciones de Derecho Público.”*⁶¹

Como consecuencia de la inclusión de la jurisdicción contencioso administrativa en la Carta Política de 1967, mediante Ley No. 35, publicada en el R.O. No. 338 del 18 de marzo de 1968 se expidió la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, normándose en forma específica lo atinente al recurso contencioso:

“Art. 1.- El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

61 Constitución política de la República del Ecuador de 1967 Arts. 215, 216, y 218.

Art. 2.- También puede interponerse el recurso contencioso-administrativo contra resoluciones administrativas que lesionen derechos particulares establecidos o reconocidos por una ley, cuando tales resoluciones hayan sido adoptadas como consecuencia de alguna disposición de carácter general, si con ésta se infringe la ley en la cual se originan aquellos derechos.”

Hay un desarrollo normativo en el que se regulan aspectos inherentes a la conformación de la administración pública, se norman así mismo los aspectos que no corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, la estructura, organización y funcionamiento del Tribunal de lo Contencioso, sus atribuciones, excusas y recusaciones, las normas para el procedimiento contencioso administrativo que ha regido hasta la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, que modifica el escenario en el que se desarrolla el juicio contencioso administrativo y deroga la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Con la Constitución de Montecristi del año 2008 se aprecia que en forma concreta se sienta como mandato constitucional la obligatoriedad de estructurar adecuadamente los órganos jurisdiccionales en el Ecuador, tal como lo prescribe su art. 177 *“Art. La Función Judicial se compone de órganos jurisdiccionales, órganos administrativos, órganos auxiliares y órganos autónomos. La ley determinará su estructura, funciones, atribuciones, competencias y todo lo necesario para la adecuada administración de justicia.”*

En cumplimiento de la disposición transitoria primera de la Constitución del 2008 que establece que dentro de los ciento veinte días a partir de la vigencia de la nueva Constitución, el órgano legislativo aprobará, entre otras, las leyes que regulen la Función Judicial y el funcionamiento del Consejo de la Judicatura, el 9 de marzo del año 2009 se promulga el Código Orgánico de la Función Judicial cuyo ámbito se determina en su art. 2:

“Este Código comprende la estructura de la Función Judicial; las atribuciones y deberes de sus órganos jurisdiccionales, administrativos, auxiliares y autónomos, establecidos en la Constitución y la ley; la jurisdicción y competencia de las juezas y jueces, y las

relaciones con las servidoras y servidores de la Función Judicial y otros sujetos que intervienen en la administración de justicia.”

El Código Orgánico de la Función Judicial en su art. 183 establece la integración de la Corte Nacional de justicia:

“Art. 183.- Integración.- La Corte Nacional de Justicia estará integrada por las siguientes Salas Especializadas:

- 1. De lo Contencioso Administrativo⁶²;*
- 2. De lo Contencioso Tributario;*
- 3. De lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito;*
- 4. De lo Civil y Mercantil;*
- 5. De lo Laboral; y,*
- 6. De la Familia, Niñez, Adolescencia y Adolescentes Infractores.”*

En el art. 216 del Código Orgánico de la Función Judicial se establecen las competencias de los Tribunales Distritales de lo Contencioso

62 Código Orgánico de la Función Judicial. “Art. 185.- COMPETENCIA DE LAS SALAS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO TRIBUTARIO.- La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo conocerá: 1. Los recursos de casación en las causas en materia administrativa; 2. Los recursos de casación en los juicios por controversias originadas en contratos celebrados entre el Estado o las instituciones del sector público y los particulares; 3. Los recursos de casación por juicios iniciados por los administrados, por inacción de la Administración en la prestación de servicios públicos o por reclamos debido a deficiente o irregular servicio, brindado por las delegaciones, concesiones o privatizaciones entregadas mediante respectivo convenio; 4. Los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias y autos definitivos dictados dentro de los procesos de propiedad intelectual; 5. Los recursos de casación que se interpongan contra las sentencias y los autos definitivos dictados dentro de los procesos de excepciones a la coactiva en materia no tributaria; 6. Los recursos de casación en las causas por indemnización de daños y perjuicios propuestas por los particulares en contra de las instituciones del Estado; así como los recursos de casación por la responsabilidad declarada de sus servidores, o de las personas a las que por delegación o concesión se les haya entregado servicios públicos; 7. Los conflictos de competencia positivos o negativos entre autoridades o dependencias del sector público, referente a servicios públicos; y, 8. Los demás que establezca la Ley.

Administrativo, refiere la norma que existirán tribunales en los distritos que determine el Consejo de la Judicatura, el cual establecerá el número de salas, la sede y espacio territorial en que ejerzan su competencia.

En el art. 217 del mismo cuerpo legal se señalan las atribuciones y deberes de las juezas y jueces que integran las Salas de lo Contencioso Administrativo:

“1. Conocer y resolver las controversias que se suscitaren entre la administración pública y los particulares por violación de las normas legales o de derechos individuales, ya en actos normativos inferiores a la ley, ya en actos o hechos administrativos, siempre que tales actos o hechos no tuvieran carácter tributario;

2. Supervisar la legalidad de los actos y hechos administrativos, y la potestad reglamentaria de la Administración no tributaria, como también las acciones judiciales que se incoen por su inactividad;

3. Conocer y resolver las impugnaciones que se propusieren en contra de los reglamentos, resoluciones y más actos normativos de rango inferior a la ley, en materia no tributaria, provenientes de las instituciones del Estado que integran el sector público;

4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado;

5. Conocer de las acciones de prescripción de créditos fiscales no tributarios que propongan contra la administración nacional, regional, municipal o de las demás personas jurídicas que integran el sector público;

6. Conocer y resolver de las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual;
7. Conocer las demandas que se propongan contra los actos administrativos y las resoluciones expedidas por el Consejo de la Judicatura, el Pleno del Consejo de la Judicatura, el Director General y los Directores Provinciales;
8. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos;
9. Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado en las que se reclame la reparación de los daños y perjuicios causados por error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por violaciones de los principios y reglas del debido proceso, sin perjuicio de lo establecido en el Código de Procedimiento Penal;
10. Conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías;
11. Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración;
12. Conocer de las impugnaciones a las declaraciones de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles;
13. Conocer de las impugnaciones a sanciones administrativas firmes contra las servidoras y los servidores públicos, emanadas de las instituciones del Estado que conforman el sector público, cuando tales cuestiones de personal

no se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de servidoras y servidores públicos; salvo lo dispuesto en normas especiales;

14. Conocer y resolver las causas que instaure la Administración para repetir las indemnizaciones que hubiere tenido que pagar por sentencias firmes dentro de juicios contencioso administrativos, por la responsabilidad declarada de sus servidores o de las personas que por delegación, concesión o privatización, se les haya entregado servicios públicos; y,

15. Los demás asuntos que establezca la ley”.⁶³

Las atribuciones de las Salas de lo Contencioso Administrativo con especificidad se encuentran definidas en la norma transcrita, en los numerales del 1 al 5 se ratifica su incompetencia para inmiscuirse en controversias donde deban discutirse pretensiones de carácter tributario:

El numeral 2 expresamente le restringe la facultad de ejercer el control de legalidad respecto de los actos normativos expedidos por la administración pública no tributaria, y en esta parte, resulta un tanto confuso la identificación de cuáles son los órganos que integran la administración pública no tributaria; se determina también según se desprende de los numerales 1 y 3 que únicamente la Sala podrá conocer y resolver controversias e impugnaciones en las que se discutan la violación de derechos en actos normativos con rango inferior a la ley, se entendería en casos de impugnación de reglamentos, ordenanzas u otras resoluciones de carácter general obligatorio.

Se observa que además de las competencias que ya tenían los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, como son las de conocer y resolver el juicio de excepciones o las impugnaciones de resoluciones administrativas emitidas por el Pleno del Consejo de la Judicatura entre otras, las atribuciones de conocer y resolver controversias derivadas de la contratación pública, responsabilidad estatal y lesividad se adecuan al procedimiento

63 Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 217.

contencioso administrativo establecido en el Código Orgánico General de Procesos.

La evolución normativa en el Ecuador para adecuar y consolidar las funciones y atribuciones del juez de lo Contencioso Administrativo, como hemos visto en esta breve revisión histórica, ha tenido transiciones que se han incorporado atendiendo los modelos políticos y legislativos de otros escenarios geográficos, observando también las tendencias y orientaciones del derecho administrativo y procesal administrativo.

Podemos afirmar que con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) se replantea el procedimiento para litigar en la jurisdicción contencioso administrativa, evidentemente la transición del sistema escritural al sistema oral es una realidad, que no deberá agotarse en la pura teoría, sino que tendrá que afincarse en el verdadero ejercicio y práctica de la oralidad e intermediación procesal.

El COGEP en sus arts. 326 y 327 determina cuales son las acciones contencioso administrativas y el trámite en el que deberán sustanciarse:

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

- 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.*
- 2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.*
- 3. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público.*

4. *Las especiales de:*

a) *El pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República.*

b) *La responsabilidad objetiva del Estado.*

c) *La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley.*

d) *Las controversias en materia de contratación pública.*

e) *Las demás que señale la ley.*

*Art. 327.- Procedimiento. Todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario”.*⁶⁴

El análisis jurídico y doctrinario de las acciones contencioso administrativas descritas en la norma antes citada, su naturaleza, procedencia, características y trámite será tratado en los capítulos II y III; adicionalmente se revisará el efecto reformativo que produce la incorporación del Código Orgánico Administrativo (COA), en cuanto modifica importantes disposiciones de algunos cuerpos normativos, entre éstos el COGEP, en relación a la acción por silencio administrativo.

1.5. La impugnación de la voluntad administrativa

Desde épocas antiguas se ha registrado la recurrencia a los medios de impugnación, con algunas excepciones como en Roma⁶⁵ donde inicialmente

⁶⁴ Código Orgánico General de Procesos. Art. 326 y 327.

⁶⁵ “Históricamente, los romanos no explicaron la razón por la cual atribuían a la sentencia los caracteres que se resumen en el concepto de cosa juzgada, sino que la admitieron como una exigencia práctica, para asegurar la certidumbre en el goce de los bienes. Colocado el juez entre la ley y el pueblo, la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la ley con relación a un determinado bien (res in iudicium deducía), lo que se realizaba mediante la sentencia, de ahí el famoso texto res iudicata pro veritate habetur (debía tenerse

se mantuvo el carácter irrefutable de la cosa juzgada, o en el Derecho Germano, en el que las sanciones eran consideradas como expresiones religiosas provenientes de la divinidad, tenían el carácter de definitivas, de cumplimiento impostergable, sin lugar a alegaciones respecto de la injusticia del fallo, no era permitida la posibilidad de enmienda de la resolución.

En una etapa posterior se afianza la noción del recurso⁶⁶ como medio de revisión de las sentencias o resoluciones, lo cual implica un avance positivo en el área procesal del derecho, pues se permite la recurrencia del fallo, es decir su impugnación, considerada como *“el poder concedido por la ley a las partes procesales, de perseguir la eliminación o modificación de una actividad procesal viciada, cuando la desviación puede desembocar en la injusticia”*.⁶⁷

La administración pública que integra en su círculo todo un andamiaje institucional, un conjunto de órganos y entidades de derecho público y otras de derecho privado que actúan en virtud de potestades estatales para la prestación de servicios públicos mediante concesión o delegación, se manifiesta como consecuencia de su accionar administrativo a través de distintas formas jurídicamente reconocidas como los actos administrativos, los hechos administrativos, los actos de simple administración los actos normativos y los contratos administrativos.

Esta expresión de la voluntad jurídica de la administración pública sustentada en los principios que rigen el procedimiento administrativo, está destinada a producir efectos jurídicos en los administrados, en algunos

por verdadero lo que el juez expresaba en la sentencia), presunción iuris et de iure al no admitir a las partes prueba en contrario, ni permitir que lo resuelto y ejecutoriado fuere modificado, por motivo, autoridad o tribunal alguno.” FRANCO LOOR, Eduardo La Cosa Juzgada y El Principio Nom Bis In Idem En El Derecho Procesal Penal. p. 6.

66 MARGAÍN, Emilio, conceptualiza al recurso administrativo en el siguiente sentido; *“es todo medio de defensa al alcance de los particulares, para impugnar ante la Administración Pública los actos y resoluciones por ella dictados, en perjuicio de los propios particulares, por violaciones al ordenamiento aplicado o falta de aplicación de la disposición debida.”* Rodríguez Lobato. Raúl “Derecho Fisca J.” Segunda Edición. México Ed. Haría. 1986. p. 249.

67 QUEVEDO MENDOZA, Efraín Ignacio. “Modos de Impugnación en el proceso concursal”, en la Revista J.A. Buenos Aires Argentina 1989.

casos sin afectar derechos, por el contrario reconociéndolos como cuando se delega alguna competencia o atribución mediante Decreto Ejecutivo a un Ministro de Estado o cuando se extiende un nombramiento a un servidor público que ha ganado un concurso de méritos y oposición; en otros casos, la voluntad de la administración que como se ha manifestado se exterioriza mediante las formas administrativas antes aludidas, puede resultar en la afectación de derechos subjetivos de los particulares;

En este escenario se puede ejercer el derecho de impugnación como un medio de defensa, como un mecanismo de tutela de derechos e intereses personalísimos del administrado.

Se ha definido a la impugnación como:

*“Acción o efecto de atacar o refutar un acto judicial, disposición testimonial, informe de peritos, con el objeto de obtener, su revocación o invalidación”*⁶⁸; impugnar implica contraposición y contradicción de las decisiones judiciales y administrativas emitidas por la autoridad, para tratar de obtener una rectificación del fallo.

El administrativista Herman Jaramillo respecto de la impugnación señala:

*“...La impugnación tiene por objeto restituir la legitimidad del obrar administrativo, a fin de restablecer la vigencia plena del derecho vulnerado. Se puede impugnar actos administrativos interlocutorios o de mero trámite o actos definitivos que haya o no causado estado. Cuando la impugnación se dirige en contra de un organismo público se utiliza la vía de los recursos administrativos llamados: recurso de revisión, recurso de apelación, o recurso de nulidad.”*⁶⁹

La voluntad administrativa debe entenderse como la voluntad del órgano o autoridad que en ejercicio de una función pública expide actos administrativos, *“los órganos públicos en el ejercicio de sus atribuciones o potestades*

68 Diccionario Jurídico Ambar, t. IV, Cuenca, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana, 1999, p. 121.

69 JARAMILLO ORDÓÑEZ, Herman. Ob. Cit. 1999, p. 212.

*constitucionales o legales, en la esfera de su jurisdicción y competencia ejecutan actos jurídicos de Derecho Público, o sea, actos administrativos*⁷⁰;

Esta voluntad concebida como una potestad que dicho órgano ostenta en función del principio de legalidad a la luz del neo constitucionalismo, no me refiero al principio de legalidad reduccionista subordinado al imperio de la norma, como se describe en el siguiente enunciado:

*“El Estado de Derecho en su versión francesa, conocido también como Estado de legalidad o Estado legicéntrico, se identifica por ser un Estado legislativo, lo que implica la supremacía del Parlamento sobre los otros poderes del Estado; la reducción de todo el Derecho a la ley; la supremacía de la ley sobre el resto de los actos normativos del Estado (principio de legalidad); la subordinación a la ley, de los derechos de los ciudadanos; la limitación del poder judicial a la aplicación subsuntiva de la ley; y a la conversión de la Constitución en una simple ley de organización del poder, que puede ser modificada por el procedimiento ordinario de expedición de las leyes. En definitiva, en el modelo de Estado de Derecho francés, la Constitución queda reducida a una declaración política de principios y se asiste a la formación de una cultura jurídica basada en la supremacía de la ley.”*⁷¹

Este principio de legalidad en el que debe sustentarse la actividad de la administración pública tiene raigambre constitucional tal cual lo reconoce el Art. 226 de la actual Constitución:

“Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”; por tanto no puede apartarse la actuación del funcionario público de los principios

70 CANASI. Derecho Administrativo. De palma Buenos Aires, 1981. Vol. 1. p. 265.

71 Corte Constitucional Ecuatoriana: Sentencia No. 001-08-SI-CC Casos No. 0003-08-IC/0004-08-IC /0006-08-IC /0008-08-IC “Concepto normativo de Constitución y la noción de eficacia directa”.

que regulan el servicio público, en los términos de lo prescrito en el Art. 227 de la Carta Magna: *“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”*⁷²

Como lo manifesté anteriormente, la voluntad administrativa puede sin embargo en ciertos casos desviarse del ejercicio lícito y transparente de la gestión pública y encontrarse viciada, o extralimitarse en la aplicación de la discrecionalidad que *“no puede confundirse con la arbitrariedad o con el exceso de poder, las relaciones entre administración y administrado tienen que recuperar la noción de equilibrio entre intereses públicos y las garantías ciudadanas, si actuar con discrecionalidad implica un margen de libertad para elegir entre varias alternativas la más viable para solucionar el problema jurídico. (...)”*⁷³

En estas circunstancias y cuando de por medio como producto de la decisión administrativa se han modificado o extinguido derechos dando lugar a su afectación subjetiva, es viable impugnar la voluntad administrativa a través de los remedios procesales que el ordenamiento jurídico reconoce.

Atendiendo el orden jerárquico, la Constitución de la República respecto de la impugnación de los actos administrativos refiere:

*“Art. 173.- Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial.”*⁷⁴

El Código Orgánico de la Función Judicial en el Art. 31 reconoce el principio de impugnabilidad en sede judicial en los siguientes términos: *“las resoluciones dictadas dentro de un procedimiento por otras autoridades e instituciones*

72 Constitución de la República del Ecuador Art. 226.

73 LIFANTE VIDAL, Isabel. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Dos conceptos de discrecionalidad Jurídica p. 14.

74 Constitución de la República del Ecuador. Art. 173.

*del Estado, distintas de las expedidas por quienes ejercen jurisdicción, en que se reconocan, declaren, establezcan, restrinjan o supriman derechos, no son decisiones jurisdiccionales; constituyen actos de la Administración Pública o Tributaria, impugnables en sede jurisdiccional.*⁷⁵

Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de servicios públicos por parte de la Iniciativa Privada, que estuvo vigente desde el 31 de diciembre del año 1993 en su art. 38 también ha normado subsidiariamente lo referente a la impugnación ante el tribunal contencioso administrativo:

*“Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa.”*⁷⁶

Actualmente la Ley de Modernización quedó derogada conforme lo establece la disposición derogatoria segunda del COA.

Con la derogatoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por efecto de la entrada en vigencia del COGEP, se establece el trámite ordinario como vía para plantear la acción contencioso administrativa.

75 Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 31.

76 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Art. 38.

Continuando con el análisis del marco legal relacionado con la impugnación, el Código Orgánico Administrativo establece lo siguiente:

“Art. 217.- Impugnación. En la impugnación se observarán las siguientes reglas:

1. Solo el acto administrativo puede ser impugnado en vía administrativa por las personas interesadas, con independencia de que hayan comparecido o no en el procedimiento, mediante el recurso de apelación.

2. El recurso extraordinario de revisión cabe, exclusivamente, respecto del acto administrativo que ha causado estado en vía administrativa en los supuestos previstos en este Código.

3. La elección de la vía judicial impide la impugnación en vía administrativa.

4. El error en la denominación del recurso por parte del recurrente no es obstáculo para su tramitación, siempre que resulte indudable la voluntad de impugnar el acto administrativo.

Los actos de simple administración por su naturaleza no son propiamente impugnables, salvo el derecho a impugnar el acto administrativo que omitió un acto de simple administración, necesario para la formación de la voluntad administrativa.”

La norma constitucional, legal y reglamentaria reconoce el derecho del administrado para impugnar los actos administrativos por la vía administrativa y judicial; en el caso de los recursos administrativos de Apelación y Extraordinario de Revisión previamente revisados, no deben confundirse con los reclamos administrativos que tienen otra connotación y no se tramitan en el procedimiento ordinario común, sobre el particular Juan Carlos Cassagne indica:

“...El típico medio de impugnación de los actos que lesionan un derecho subjetivo o interés legítimo del administrado es el recurso, que debe ser distinguido de

la reclamación y de la denuncia. El recurso es toda impugnación en término de un acto administrativo o reglamento tendiente a obtener del órgano emisor del acto, de su superior jerárquico o de quien ejerce el control, llamado tutela, la revocación, modificación o saneamiento del acto impugnado.... las meras reclamaciones no regladas constituyen peticiones que pueden formular los administrados en ejercicio del derecho constitucional de peticionar a las autoridades tendientes a obtener la emisión de un acto favorable o a la extinción de un acto administrativo o reglamento. La administración pública no está obligada a tramitarlas o a dictar decisión respecto de ellas, a menos que el particular tuviera un derecho a que se dicte la decisión(...) Las reclamaciones pueden hallarse regladas, tal como ocurre con la queja y con los procedimientos que se exige para la habilitación de la instancia judicial.”⁷⁷

El reclamo administrativo si bien se considera como “*un procedimiento incoado por una persona afectada en sus derechos subjetivos o intereses legítimos como consecuencia de acciones u omisiones de la autoridad pública*”⁷⁸, no tiene la misma intencionalidad que el recurso administrativo, sus fines son de otra naturaleza, no buscan impugnar actos administrativos propiamente, sino hacer conocer a la autoridad sobre el incumplimiento de normas legales o reglamentarias con el objetivo de hacer rectificar las actuaciones dentro de un procedimiento administrativo.

Es importante acotar que el reclamo administrativo no impide la presentación del recurso administrativo, por ejemplo en el caso de reclamaciones derivadas de los procesos de contratación pública, es pertinente accionar estos dos mecanismos, así se infiere de lo prescrito en el inciso cuarto del art. 102 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que indica:

“El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos

77 CASSAGNE, Juan Carlos Ob. Cit. 1998, p. 316.

78 JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán. Manual de Derecho Administrativo, Loja, Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja, 1999, p. 335.

*expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente.*⁷⁹

En lo atinente a la impugnación por vía judicial, se observará lo prescrito en el Art. 326 del Código Orgánico General de Procesos en relación a las acciones que proceden en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y sobre lo cual se tratará en el siguiente capítulo.

79 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 102 inciso cuarto.

Capítulo II

ANÁLISIS DOCTRINARIO, JURÍDICO Y REVISIÓN DE CASUÍSTICA SOBRE LAS ACCIONES DE PLENA JURISDICCIÓN O SUBJETIVA, DE ANULACIÓN OBJETIVA O POR EXCESO DE PODER Y DE LESIVIDAD

Ya ha pasado la época en que este derecho era considerado como una mera legislación administrativa sujeta a la escuela de la exégesis. A este propósito recuerda Georges Renard las palabras de un letrado que, refiriéndose al eminente jurisconsulto Louis Rolland, exclamó: Qué admirable profesor, pero qué pena verlo relegado a una cátedra de derecho administrativo! Eran los tiempos en que el ámbito propio de este derecho se lo disputaban el derecho constitucional y el derecho civil. La importancia de esta disciplina es incuestionable. Su jerarquía como ciencia jurídica no puede ser discutida. (Henri Welter)

2.1. La acción de plena jurisdicción o subjetiva.- Contexto legal y procedencia

El Código Orgánico General de Procesos (COGEP) implementado desde el 23 de mayo del 2016, en su Art. 326 determina cuales son las acciones que pueden demandarse en la jurisdicción contencioso administrativa, identificándose que además de los dos mecanismos de tutela reconocidos jurídicamente en la extinta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (recursos subjetivo o de plena jurisdicción y objetivo o de anulación), se incorporan otras acciones como la de lesividad y las acciones especiales de acción de pago por consignación, la acción por responsabilidad objetiva del estado, la acción de nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado y las acciones derivadas de las controversias en materia de contratación pública.

En esta primera parte se analiza la acción de plena jurisdicción o subjetiva identificada en el número 1 del art. 326 del COGEP en los siguientes términos:

“1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos.”⁸⁰

Este remedio procesal en nuestro ordenamiento jurídico ha sido reconocido desde el año de 1968 en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que en su art. 3 señalaba:

“Art. 3.- El recurso contencioso-administrativo es de dos clases: de plena jurisdicción o subjetivo y de anulación u objetivo. El recurso de plena jurisdicción o subjetivo ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata.”⁸¹

Al respecto, el administrado que se creyere afectado en sus derechos o intereses personalísimos por efecto de la expedición de un acto administrativo⁸², puede recurrir a la vía judicial a través de la “acción” de plena jurisdicción o subjetiva, antes calificada como “recurso” en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, sobre lo cual bien vale advertir la distancia que existe entre acción y recurso tal cual como lo enfoca Carlos Ramírez Arcila cuando afirma que *“con la acción se excita la jurisdicción y se promueve el proceso”*, mientras que el recurso según Arturo Serrano Robles, *“es un volver a dar curso al conflicto, un volver, en plan revisor, sobre lo andado, de manera que ante quien deba resolverlo concurren las mismas partes que contendieron ante el inferior”*

Se puede determinar a primera vista una primera distinción entre la regulación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y el COGEP respecto de la categorización de este mecanismo de tutela judicial, mientras la primera Ley le calificó como recurso, el Código de Procesos lo califica

80 Código Orgánico General de Procesos. Art. 326, numeral 1.

81 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 3.

82 *Sobre el acto administrativo refiere Dromi que es “una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, a la par que aplica el derecho al hecho controvertido”* Dromi José Roberto, “Derecho Administrativo”, Editorial Astrea, Argentina, 1992. p. 154.

como acción, armonizándose de esta forma con un sector de la doctrina que concuerda con tal denominación; por ejemplo Díez, opina:

*“No estamos de acuerdo con los autores que hablan de interponer recursos en sede judicial. Decimos así porque en realidad el Juez no hace una revisión del procedimiento administrativo, sino que se instaura un proceso con nuevas pruebas y nuevos hechos...”*⁸³; A diferencia de Fiorini que ha dejado planteado que *“el término recurso contencioso es el que técnicamente corresponde”*⁸⁴.

Para ahondar en la diferencia, los recursos a decir de Dromi:

*“se refieren a las impugnaciones que se realizan dentro y ante un mismo órgano estatal. Por ello, y en tanto el proceso administrativo importa la impugnación por los particulares de los actos de la administración ante el órgano jurisdiccional (ante otro poder del Estado)”*⁸⁵

*“Parece más correcto hablar de acción o pretensión administrativa”*⁸⁶, agrega Pera Verdaguer, porque entendemos que las partes comparecen a resolver su controversia ante otra función, otro órgano, otra autoridad, en otro escenario que es la sede judicial; en la misma línea, Juan Carlos Benalcázar Guerrón menciona:

*“(...) De estas aclaraciones, surge que es erróneo el término “recurso” que emplea la LJCA. El proceso contencioso administrativo no es una especie de segunda instancia, a la que se accedería luego de haber asistido y agotado la vía administrativa. Todo lo contrario, implica el ejercicio de la acción procesal, mediante demanda que inicia un proceso, y que pone en actividad a la jurisdicción, con el fin de resolver una controversia según derecho.”*⁸⁷

83 DÍEZ, Derecho Administrativo, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, T. VI, p. 327, nota 37.

84 FIORINI, Bartolomé. Qué es el Contencioso, Bs. As., 1965, p. 263.

85 DROMI, José Roberto, Acciones Procesales Administrativas. p. 116.

86 PERA VERDAGUER, Francisco, Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo (Barcelona, Ed. Bosch, 1962), p. 24.

87 BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano. Quito 2007 p. 80.

Se infiere entonces que el legislador ha normado con especificidad como “acción” al derecho del administrado para impugnar en el contencioso un acto administrativo, precisamente por la implicación de activar la intervención del órgano jurisdiccional con fines de protección del derecho subjetivo que se estima ha sido afectado.

A continuación transcribo un extracto de la Resolución Nro. 662-2017 DE LA CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en el que se resalta la procedencia de la acción de plena jurisdicción o subjetiva:

“(...) CUARTO: Ahora bien, como quedó expuesto, la aspiración del demandante tiene como finalidad el pago de los valores por concepto de viáticos por gastos de residencia, aspiración que se enmarca dentro del requerimiento del numeral 1 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos, el cual determina que: “Acciones en el procedimiento contencioso administrativo.- Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hecho o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos (Lo resaltado corresponde a la Sala), es decir dicho derecho presuntamente conculcado versa sobre una situación individual y concreta y que de haber lugar no solo se concede al agraviado el derecho abstracto para alcanzar el restablecimiento de la legalidad, sino, además, el de obtener de la administración la reparación del daño concreto que le hubiese infringido en su derecho subjetivo;(...)”⁸⁸

2.2. Referencias conceptuales y casuística sobre la acción de plena jurisdicción o subjetiva

La acción subjetiva o de plena jurisdicción que tuvo su origen Francia, con claro influjo en la doctrina y jurisprudencia española, desde sus inicios

⁸⁸ Corte Nacional de Justicia.- Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Resolución Nro. 662-2017.

estableció como requisito para su procedencia la existencia del derecho subjetivo lesionado por parte de un ente estatal, constituyéndose en un principio una instancia especializada para conocer y resolver conflictos de orden administrativo, separada de la función jurisdiccional.

A continuación se exponen algunas nociones conceptuales que sobre este importante mecanismo de tutela, han propuesto importantes tratadistas;

El administrativista Roberto Dromi expone claramente cuáles son las pretensiones que se buscan alcanzar con este remedio procesal:

*“la acción de plena jurisdicción procede cuando invocándose agravio a un derecho subjetivo se persigue la anulación de algunos de los actos impugnables, el consiguiente restablecimiento del derecho que se dice agraviado y la reparación del daño ocasionado. El juez, en conocimiento de esta acción, tiene jurisdicción plena, de ahí el nombre de esta vía jurisdiccional. Se basa en una pretensión que, como dijimos, persigue el reconocimiento de una situación jurídica individualizada en forma exclusiva, de un auténtico derecho subjetivo.”*⁸⁹

El tratadista Hernando Abad por su parte menciona:

*“es aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional no sólo la anulación del acto sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, restaurando las cosas a su primitivo estado, o bien en su caso atendiendo una demanda de indemnización”*⁹⁰

Para el autor Patricio Secaira la acción subjetiva o de plena jurisdicción es:

“un medio impugnatorio jurisdiccional por medio del cual los administrados tienen capacidad de concurrir a los órganos judiciales en busca de la tutela de sus derechos

89 DROMI, José Roberto. Ob. Cit. p. 120.

90 ABAD, Hernando, Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, ob. cit. J.A. 10-IX-73, GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit.; BIELSA, La Ley, T. 56, D. 787. “el recurso subjetivo o de plena jurisdicción, a más de señalar con precisión la causa o las causas en que supuestamente ha incurrido el funcionario público, al emitir el acto administrativo, debe la demanda referirse concreta y expresamente que la pretensión es que el juzgador declare tal nulidad, ya que el juez contencioso administrativo no tiene facultad para declarar de oficio dicha nulidad. Si el recurrente no impugna y no pide la declaratoria de nulidad, el juez no la declarará y si existen méritos quizá declare simplemente la ilegalidad”.

*subjetivos, personales, afectados por un acto administrativo emanado de autoridad pública, cuando el acto haya negado, desconocido o no reconocido esos derechos.”*⁹¹

González Varas desde la óptica de establecer la existencia de la lesión jurídica del particular, expone:

*“La vertiente subjetiva del contencioso administrativo consiste en que el acceso a la jurisdicción, el objeto del proceso y el contenido de la sentencia del tribunal llamado a pronunciarse sobre la controversia se centran en averiguar si ha existido una lesión jurídica en los derechos de los sujetos, entendiendo por lesión jurídica el “perjuicio en los derechos del individuo ocasionado por una medida administrativa ilegal.”*⁹²

Los conceptos antes referenciados aclaran la naturaleza de la acción subjetiva o de plena jurisdicción, su objeto, procedencia y fin, la competencia recae en el órgano jurisdiccional, es decir en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, ante el cual como lo advierte Dromi, no solamente se pretende que se nulite el acto impugnado, sino también que se restablezca el derecho que ha sido afectado y adicionalmente la reparación del perjuicio ocasionado.

Dentro de la casuística ecuatoriana resaltan algunos ejemplos en los que procede la acción de plena jurisdicción o subjetiva, observándose un índice importante de recurrencia a este mecanismo de tutela con el objeto de impugnar multas impuestas por la autoridad pública, que si bien se encuentra investida con la potestad para sancionar pecuniariamente, esta atribución que es propia del estado para cumplir con sus fines administrativos, vale decir, en muchos casos ha sido aplicada en forma abusiva por ciertos funcionarios, que excediéndose en su derecho, han constituido una suerte de institucionalización de la multa como parte de los objetivos e indicadores de gestión administrativa en las entidades públicas, trastocando de esta forma la naturaleza de la facultad sancionatoria;

91 SECAIRA, Patricio. Curso Breve de Derecho Administrativo, Quito, Universitaria, 2004. p. 251.

92 GONZÁLEZ VARAS, S., *La Jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid, p. 89.

Sobre estas potestades que ostenta la Administración, Herman Jaramillo Ordóñez en su Manual de Derecho Administrativo observa:

*(...) “No se puede confundir “poder” con “potestades”. El poder es un atributo exclusivo y único del Estado, en tanto que, la potestad es un privilegio inherente a la administración. La administración pública para organizar, dirigir y ejecutar las tareas a su cargo goza de ciertas prerrogativas que se derivan del poder del Estado, como es la potestad jurisdiccional, la decisoria, la de mando, la ejecutiva, la reglamentaria y la sancionadora. Con la potestad jurisdiccional los órganos de mando, ordenan; con la ejecutiva, obran; con la reglamentaria, tramitan, y, con la sancionadora, disciplinan. Valiéndose de estas potestades la administración despliega regularmente sus actividades.”*⁹³

❖ POTESTAD SANCIONADORA DE INSTITUCIONES PÚBLICAS

Se transcribe un extracto de la Resolución No. 0532-2013 dentro del Juicio No. 0005-2011, así como los argumentos del fallo antes referido en el que podemos inferir algunos aspectos en relación a la impugnación de la potestad sancionatoria de una entidad de la administración pública:

EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN

“CUARTO.- (...) 4.3 (...) el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado y el artículo 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones, tienen un alcance totalmente diferente y no pueden ser mezcladas; pues en el caso que nos ocupa lo que hay es una sanción administrativa, que no tiene su origen en un pedido o solicitud del administrado sino en el ejercicio de la potestad sancionadora que tiene la Administración Pública, lo cual son situaciones completamente diferentes. Debe entenderse, en principio, que el silencio administrativo no tiene cabida en un procedimiento administrativo sancionador, pues no olvidemos que el lugar adecuado en que se desarrollan las técnicas del silencio son los procedimientos iniciados a instancia de parte y no de oficio,

93 ORDÓÑEZ HERMAN, Jaramillo “Manual de Derecho Administrativo”, 2014, Loja, Ediloja.

como es el caso del procedimiento sancionar; tanto es así que sólo en el caso del artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado se da un efecto a los casos en que vence el respectivo término para atender la petición, mientras que en el artículo 33 de la Ley Especial de Telecomunicaciones evidentemente no podría darse un efecto similar porque no hay una petición que no ha sido atendida, sino simplemente una sanción administrativa que sin duda existe al haber sido expedida en dicho plazo, y que alcanza su plena validez una vez notificada (...)

ARGUMENTOS DEL FALLO:

La sentencia desechó la demanda interpuesta por OTECEL S.A. en contra del Intendente Regional Norte de la Superintendencia de Telecomunicaciones, y declaró válido el acto administrativo de sanción pecuniaria en contra de la parte actora, por haber incumplido lo establecido en el artículo 28 de la LET, con respecto a la superación del grado de servicio de los canales de voz analógicos y digitales de la Radiobase Villaflores A, B y C. El tribunal observó que una cosa es la tipicidad de las infracciones punibles y otra, la competencia para aplicar las sanciones, por lo que se debe señalar dónde se dio el error de tipicidad con relación al acto administrativo sancionador, pero el recurrente no precisó su afirmación. En cuanto a la afirmación de aplicación indebida del artículo 28 de la LET, el tribunal consideró que no existe tal error de interpretación, porque no se lo ha entendido equivocadamente ni se le ha dado un alcance que no tiene y tampoco se ha aplicado de modo indebido. Para el tribunal, el procedimiento sancionador es propio de la LET, que se origina en un incumplimiento de contrato para prestación de servicio de telefonía celular móvil, por parte de la empresa OTECEL S.A. La aplicación del procedimiento sancionatorio no conculca el derecho a la defensa, ya que, una vez notificada la resolución sancionatoria, empieza a correr el término para que, de creerlo conveniente, se interponga el recurso en la vía contencioso administrativa.”⁹⁴

⁹⁴ Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución 0530-2013 dentro del Juicio No. 0005-2011. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012-2014 pp. 140, 141, 142.

- ❖ El sujeto de control de la Ley de Hidrocarburos puede impugnar una resolución administrativa de carácter pecuniario (multa) impuesta por la autoridad pública, en este caso la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero (ARCH).

BASE LEGAL:

LEY DE HIDROCARBUROS

“Art. 10.- Los actos jurídicos de las instituciones del sector podrán ser impugnados en sede administrativa o judicial. La impugnación en sede administrativa se hará de conformidad con el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. En sede judicial, se tramitará ante los tribunales distritales de lo Contencioso-Administrativo.”

“Art. 11.- (...) Atribuciones.- Son atribuciones de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero, las siguientes: (...) e. Aplicar multas y sanciones por las infracciones en cualquier fase de la industria hidrocarburífera, por los incumplimientos a los contratos y las infracciones a la presente Ley y a sus reglamentos (...)”

❖ IMPUGNACIÓN DE SANCIÓN PECUNIARIA

Se transcribe el resumen de la Resolución No. 0672-2016, dentro del Juicio No. 1627-2015, así como el extracto del fallo antes referido en el que se resuelve en torno a la imposición de una sanción pecuniaria por inobservancia de normativa hidrocarburífera:

RESUMEN DEL CASO

“ENI Ecuador S.A., antes AGIP Ecuador S.A., deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital n° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito que rechaza la demanda y declara legal el acto administrativo impugnado; acto mediante el cual se impone a la compañía recurrente la multa de \$ 400,00 por no haber efectuado la prueba de estanqueidad a los cilindros de gas licuado envasados en la planta Alobamba, en aplicación del reglamento técnico de comercialización de gas licuado de petróleo

(acuerdo ministerial n° 116, publicado en el R.O. n° 313, de 8 de mayo de 1998), dentro del juicio propuesto por la compañía recurrente en contra del Ministerio de Minas y Petróleos, hoy Ministerio de Hidrocarburos; del Director Nacional de Hidrocarburos, hoy director ejecutivo de la Agencia de Regulación y Control Hidrocarburífero; y, del Procurador General del Estado. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al sostener, en lo principal, que los ministros de estado son competentes para dictar actos normativos indispensables para el cumplimiento de su gestión, y que el reglamento técnico para la comercialización del gas licuado de petróleo es un acto normativo que goza de plena legalidad, pues su expedición no solo tiene fundamento legal sino expresa autorización de la ley de hidrocarburos, no acepta el recurso interpuesto, y en consecuencia no casa la sentencia impugnada.

EXTRACTO DEL FALLO

QUINTO.- De lo expuesto se desprende con claridad, que el Ministro de Energía y Minas tuvo la atribución para dictar los reglamentos y disposiciones que se requerían en el cumplimiento de su gestión, por cuanto dicha atribución nacía de los artículos 9 y 77 de la Ley de Hidrocarburos, de tal manera, el Reglamento Técnico para la comercialización de gas licuado de petróleo es legal, apegado a derecho y goza de plena legalidad, razón por la que no puede mal entenderse que se está reglamentando una ley; con lo que la expedición del reglamento en referencia no solo tiene fundamento legal sino también expresa autorización de la ley de hidrocarburos.” como ha quedado indicado, la doctrina moderna del derecho administrativo tiene claro que los Ministros de Estado son competentes para el despacho de todos los temas fundamentales relacionados con la gestión administrativa de los ministerios a su cargo (para lo cual, precisamente expiden acuerdos ministeriales con carácter general), sin necesidad de autorización alguna de la o del presidente de la república, salvo los casos expresamente señalados en las leyes, como sería precisamente el caso particular de la facultad reglamentaria con relación a las leyes.”⁹⁵

95 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 0672-2016, juicio No. 1627-2015. Ficha de Procesamiento; Dirección Técnica de Procesamiento de Jurisprudencia e Investigaciones Jurídicas.

- ❖ Las resoluciones sancionatorias adoptadas por el Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual en las que se determinen la existencia de violación de derechos de propiedad intelectual, además de poder ser derivadas a mediación y arbitraje, conforme lo establece su marco jurídico, pueden ser impugnadas en la jurisdicción contencioso administrativa.

BASE LEGAL

LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

“Art. 339.- Concluido el proceso investigativo, el IEPI dictará resolución motivada. Si se determinare que existió violación de los derechos de propiedad intelectual, se sancionará al infractor con la clausura del establecimiento de 3 a 7 días y o con una multa de entre quinientos (500) dólares de los Estados Unidos de América y cien mil (100.000) dólares de los Estados Unidos de América y, podrá disponerse la adopción de cualquiera de las medidas cautelares previstas en esta Ley o confirmarse las que se hubieren expedido con carácter provisional.

La autoridad nacional en materia de propiedad intelectual aplicará las sanciones establecidas en esta Ley cuando conozca y resuelva sobre asuntos de competencia desleal (...)”

“Art. 357.- Los actos administrativos definitivos y aquellos que impidan la continuación del trámite dictados por los directores nacionales, serán susceptibles de los siguientes recursos: - Recurso de reposición, ante el mismo funcionario que lo dictó; - Recurso de apelación, ante el Comité de Propiedad Intelectual; y, - Recurso de revisión, ante el Comité de Propiedad Intelectual. La interposición de estos recursos no es indispensable para agotar la vía administrativa y, por consiguiente, podrán plantearse directamente las acciones previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra los actos administrativos definitivos o que impidan la continuación del trámite, dictados por los directores nacionales.”

❖ IMPUGNACIÓN DE SANCIÓN ADMINISTRATIVA

Se transcribe el resumen de la Resolución No. 0183-2015, dentro del Juicio No. 2009-0237, así como el extracto del fallo antes referido en el que se resuelve en torno a la imposición de una sanción en materia de infracción administrativa por violación de derechos de propiedad intelectual.

RESUMEN DEL CASO

“Los derechos patrimoniales de los autores de obras tienen su fuente en la ley y no en un contrato, ya que si bien es cierto que la autorización a terceros para usar o explotar las obras se otorgarán mediante contratos escritos, no es cierto que la carencia de dicho contrato signifique la inexistencia del derecho del autor o titular del derecho, pues el artículo 5 de la Ley de Propiedad Intelectual determina que el derecho del autor nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo de expresión, agregando dicha norma que el reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no está sometido a registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna.

EXTRACTO DEL FALLO

TERCERO.- 3.1.- En lo referente al artículo 44 de la Ley de Propiedad Intelectual, según el cual los contratos sobre autorización de uso o explotación de obras por terceros deberán otorgarse por escrito, y cuya ausencia en el presente caso es alegada por el casacionista como fundamento para argumentar que ha existido errónea interpretación de normas procesales, se debe aclarar que los derechos patrimoniales de los autores de obras tienen su fuente en la ley y no en un contrato, ya que si bien es cierto que la autorización a terceros para usar o explotar las obras se otorgarán mediante contratos escritos, no es cierto que la carencia de dicho contrato signifique la inexistencia del derecho del autor o titular del derecho, ya que el artículo 5 del citado cuerpo legal determina que el derecho del autor nace y se protege por el solo hecho de la creación de la obra, independientemente de su mérito, destino o modo

de expresión, agregando dicha norma que el reconocimiento de los derechos de autor y de los derechos conexos no está sometido a registro, depósito, ni al cumplimiento de formalidad alguna.

- ❖ El funcionario público que ha sido destituido puede impugnar la resolución expedida por la máxima autoridad de la institución donde laboró y peticionar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo su reincorporación a su cargo o función, exigiendo el pago de las remuneraciones no percibidas desde el momento de su separación de la entidad.

BASE LEGAL:

LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO (LOSEP)

“Art. 46.- Acción contencioso administrativa.- La servidora o servidor suspendido o destituido, podrá demandar o recurrir ante la Sala de lo Contencioso Administrativo o ante los jueces o tribunales competentes del lugar donde se origina el acto impugnado o donde este haya producido sus efectos, demandando el reconocimiento de sus derechos.

Si el fallo de la Sala o juez competente fuere favorable, declarándose nulo o ilegal el acto y que el servidor o servidora destituido sea restituido a su puesto de trabajo, se procederá de tal manera y de forma inmediata una vez ejecutoriada la respectiva providencia. Si además en la sentencia o auto se dispusiere que el servidor o servidora tiene derecho al pago de remuneraciones, en el respectivo auto o sentencia se establecerá los valores que dejó de recibir con los correspondientes intereses, valores a los cuales deberá imputarse y descontarse los valores percibidos durante el tiempo que hubiere prestado servicios en otra institución de la administración pública durante dicho periodo.”

❖ IMPUGNACIÓN DE SANCIÓN DISCIPLINARIA

Se transcribe un resumen del caso dentro de la Resolución No. 0191-2014, Juicio No. 0002-2012, así como los argumentos del fallo antes referido en el que podemos observar una importante circunstancia que debe considerarse al momento de imponer una sanción al servidor público,

como lo es el término, con el objeto de no incurrir en la caducidad de la acción para sancionar.

RESUMEN DEL CASO:

“La Primera Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo, en sentencia, aceptó la demanda que planteó María Eugenia Vinuesa Coloma en contra de la Subsecretaria de Educación General y la Presidenta de la Comisión de Defensa Profesional N° 1, y ordenó la restitución de la actora y el pago de los valores dejados de percibir. El Ministerio de Educación y la Procuraduría General del Estado interpusieron recurso de casación. Agotado el trámite pertinente, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia observó que no operó la prescripción de la acción emanada de la autoridad, razón por la que casó la sentencia y declaró legales y legítimos los actos administrativos.

EXTRACTO DEL FALLO:

“TERCERO: (...) 3.3. En el caso, para establecer la caducidad de la acción sancionatoria, el Tribunal a quo analizó la fecha en que se presentó la denuncia al Director Provincial de Educación Hispana de Bolívar, esto es 06 de marzo de 2007, en la que considera que la autoridad administrativa tuvo conocimiento de las imputaciones o cargos que se formularon contra la accionante, y la fecha en que se impuso la sanción disciplinaria, 12 de julio de 2007 mediante Acuerdo N° 361, concluyendo que ha transcurrido en exceso el plazo de noventa días establecido en la ley. Sin embargo, la Sala observa que el Tribunal de instancia debió contar el término en días hábiles, conforme lo establecido en el numeral 1 del artículo 118 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (...)”⁹⁶

⁹⁶ Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución 0191-2014 dentro del Juicio No. 0002-2012. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012-2014 pp. 169, 170, 171.

- ❖ El servidor público puede impugnar las resoluciones expedidas por la Contraloría General del Estado que establezcan responsabilidad civil (glosa).

BASE LEGAL:

LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

“Art. 52.- Alcance.- La responsabilidad civil culposa nace de una acción u omisión culposa aunque no intencional de un servidor público o de un tercero, autor o beneficiario, de un acto administrativo emitido, sin tomar aquellas cantelas, precautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales directos o indirectos a los bienes y recursos públicos.

(...) Procesalmente, en la instancia administrativa o judicial, debe probarse por quien afirma la culpa en la emisión o perfeccionamiento del acto o hecho administrativo, que los mismos fueron producto de acciones que denoten impericia, imprudencia, improvisación, improvisación, impreparación o negligencia.

❖ IMPUGNACIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO QUE ESTABLECE RESPONSABILIDAD CIVIL (GLOSA)

Se transcribe un resumen del caso dentro de la Resolución No. 0690-2015, Juicio No. 0170-2011, así como el extracto del fallo antes referido en el que podemos apreciar la motivación de los juzgadores en relación a la impugnación de responsabilidad civil:

RESUMEN DEL CASO:

“El demandado Contralor General del Estado deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 5 de lo Contencioso Administrativo de Loja y Zamora Chinchipe; fallo que acepta la demanda y declara ilegal la parte de la Resolución N° 1399 de 30 de

septiembre de 2008, que establece glosa por \$ 32.676 en contra del actor de la causa Víctor Hugo Hidalgo Maña por falta de presentación de los documentos que contengan los términos de referencia para la contratación de estudios de prefactibilidad para el plan maestro de agua potable para Catamayo, y por la suscripción de un contrato por la fiscalización de dicha obra.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia concluye que no existió acción u omisión que permita establecer la responsabilidad civil del accionante que en su calidad de Procurador Síndico Municipal haya causado perjuicio económico al Municipio del Catamayo, por lo que rechaza el recurso interpuesto.

EXTRACTO DEL FALLO

“...QUINTO.- ... 5.3.- Además de aquello, se concluye que conforme lo disponían los artículos 11 y 116 del Reglamento a la Ley de Consultoría corresponde a la máxima autoridad, en este caso al Alcalde, cuidar del proceso para la contratación de la consultoría, así como los efectos del mismo, además que era el encargado de conformar la Comisión Técnica y definir el procedimiento de contratación a seguirse, emitir instrucciones a los participantes, y entre otros aspectos los términos de referencia de los servicios de consultoría a contratarse; por lo que la institución contratante, debía designar un profesional para el control del cumplimiento del contrato de consultoría, con el fin de asignarle funciones necesarias para efectuar el seguimiento, supervisión y evaluación de los trabajos contratados, lo cual necesariamente debía cumplir la máxima autoridad, y los colaboradores de los departamentos encargados de la ejecución de la obra pública municipal. ... SEXTO.- 6.1.- Conforme lo expuesto en el considerando quinto de este fallo, al concluirse que no existió acción u omisión culposa que permita establecer la responsabilidad civil del accionante al Dr. Víctor Hugo Hidalgo Maña, y que no se ha demostrado acción u omisión que en su calidad de Procurador Síndico Municipal que haya perjudicado económicamente al Municipio de Catamayo, este Tribunal de Casación considera que no era pertinente en la sentencia impugnada la aplicación de los artículos 120 y 212 de la Constitución Política de la República de 1998, 233 de la actual Constitución, 330 de la Ley

Orgánica de Administración Financiera y Control, 52 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, 2, 72 y 185 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal vigente al momento en que se sucedieron los hechos, 6 del Reglamento de Determinación de Etapas del Proceso de Ejecución de Obras y Prestación de Servicios Públicos, 110 del Reglamento a la Ley de Consultoría, vigente a la época de contratación, alegados por la institución casacionista Contraloría General del Estado dentro de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, por lo que se desechan las normas acusadas...”⁹⁷

- ❖ El empleador o patrono, sea persona natural o jurídica puede impugnar mediante la acción subjetiva las sanciones impuestas por el Director de Trabajo y Servicio Público, cuando considere que la multa es injusta, desproporcional o no se ajuste a derecho.

BASE LEGAL:

CÓDIGO DE TRABAJO

“Art. 542.- Atribuciones de las Direcciones Regionales del trabajo.- Además de lo expresado en los artículos anteriores, a las Direcciones Regionales del Trabajo, les corresponde: (...)7. Imponer las sanciones que este Código autorice;(...)”

Art. 628.- Caso de violación de las normas del Código del Trabajo.- Las violaciones de las normas de este Código, serán sancionadas en la forma prescrita en los artículos pertinentes y, cuando no se haya fijado sanción especial, el Director Regional del Trabajo podrá imponer multas de hasta doscientos dólares de los Estados Unidos de América, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 95 del Código de la Niñez y Adolescencia. Los jueces y los inspectores del trabajo podrán imponer multas hasta de cincuenta dólares de los Estados Unidos de América. Para la aplicación de las multas, se tomarán en cuenta las circunstancias y la gravedad de la infracción, así como la capacidad económica del trasgresor.”

⁹⁷ Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución Nro. 0690-2015 dentro del juicio Nro. 0170-2011 Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho 5ta. Edición Período Enero - Diciembre 2015 Quito - Ecuador.

- ❖ El operador económico que haya sido sancionado con multa por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, puede recurrir a la acción subjetiva cuando se sintiere afectado por dicha resolución administrativa;

BASE LEGAL:

LEY ORGÁNICA DE REGULACIÓN Y CONTROL DEL PODER DE MERCADO

“Artículo 9.- Abuso de Poder de Mercado.- Constituye infracción a la presente Ley y está prohibido el abuso de poder de mercado. Se entenderá que se produce abuso de poder de mercado cuando uno o varios operadores económicos, sobre la base de su poder de mercado, por cualquier medio, impidan, restrinjan, falseen o distorsionen la competencia, o afecten negativamente a la eficiencia económica o al bienestar general.”

“Artículo 69.- Acción contenciosa.- De conformidad con el artículo 173 de la Constitución y con el carácter impugnabile de los actos administrativos, los actos administrativos de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado son susceptibles de impugnación, siempre que no se encuentren firmes, mediante acción o recurso contencioso de plena jurisdicción o subjetivo.”

Son algunos de los casos en los que se ha deducido como pretensión la afectación de derechos subjetivos del administrado, muy común es dentro del servicio público la presentación de la acción subjetiva para demandar pagos por concepto de indemnización por renuncia voluntaria o reliquidaciones de indemnizaciones por supresión de puesto.

A continuación se cita un extracto de la Resolución Nro. 0683-2015 dentro del juicio Nro. 0047-2014 dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, cuya controversia precisamente se centra en el pago de indemnización por renuncia voluntaria.

EXTRACTO DE LA RESOLUCIÓN:

“...SEXTO.-...6.2.- Una vez que el Tribunal Distrital resuelve que se liquide a la actora conforme la indemnización prevista en el artículo 129 de la LOSEP —indemnización que procede solo en los casos en que el funcionario debe acogerse a la jubilación—, dispone que se le cancele cinco salarios básicos unificados del trabajador privado por cada año de servicio contados a partir del quinto año. Sin embargo, se debe aclarar que la Disposición General Décima Segunda de la LOSEP y el artículo 286 del RLOSEP son las normas que establecen la indemnización a que tienen derecho los servidores y servidoras públicos/as que ceden en funciones por renuncia voluntaria; precisando que consiste en una compensación económica que se hará efectiva a partir del inicio del quinto año de servicios prestados en la misma institución, previo dictamen favorable del Ministerio de Finanzas y análisis del Ministerio de Relaciones Laborales y de acuerdo a las regulaciones y montos que para el efecto expida el Ministerio de Relaciones Laborales.- 6.3.- En tal escenario, el Ministerio de Relaciones Laborales mediante Acuerdo Ministerial N° MRL-2011-00158 de 7 de junio de 2011, publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 467 de 10 de junio de 2011, expidió las “Regulaciones y Montos que percibirán las y los servidores públicos como compensación económica por renuncia voluntaria legalmente presentada y aceptada”. ...6.3.4.- Sin embargo, si el servidor/ servidora que debido a circunstancias personales desea presentar su renuncia sin que sea posible esperar y seguir todo el procedimiento que conlleva la ejecución de un plan institucional de renuncias, entonces el mismo Acuerdo Ministerial en el artículo 7 prevé el caso de la presentación de renuncias no planificadas, es decir de aquellas renuncias que no han sido presentadas dentro del cronograma establecido para el efecto, y una vez que el plan de desvinculación ha sido aprobado conforme quedó detallado anteriormente... SÉPTIMO.- 7.2.- Respecto de la indemnización constante en el Mandato N° 2 esta sala especializada ya se ha pronunciado en el sentido de que lo que determina el Art. 8 del Mandato Constituyente N° 2 referido, son los montos máximos a pagar por concepto de supresión de partidas, renuncia voluntaria o retiro voluntario para acogerse a la jubilación. Si se analiza bien esta norma, contiene la preposición

*“hasta” en relación a las cantidades de siete y doscientos diez salarios mínimos básicos unificados, denotando límites para configurar precisamente valores máximos, tanto en valores anuales como en montos totales a recibir; por lo que es perfectamente posible percibir cantidades menores (nunca mayores) a las señaladas en el Mandato...”*⁹⁸

2.3. La afectación del derecho subjetivo y la reparación del daño

Considero importante revisar la noción de derecho subjetivo, por cuanto su vulneración es precisamente uno de los presupuestos que debe concurrir para la procedencia de la acción; Walter Jellinek define al derecho subjetivo *“como el poder de voluntad conferido por el orden jurídico a un individuo en su propio interés.”*⁹⁹

El derecho subjetivo tiene relación con aquellas prerrogativas individuales que pueden ser restringidas o disminuidas por un acto proveniente de una autoridad pública que se encuentra en ejercicio de una función administrativa; de por medio hay un interés íntimo de carácter personalísimo, *“el interés de que se trata en el derecho subjetivo es un interés propio de cada portador del derecho, individual a él, es decir exclusivo, excluyente.”*¹⁰⁰

Por otra parte Morello y Cafferata señalan las vías por las que se puede accionar el resarcimiento por afectación de un derecho subjetivo, *“tradicionalmente el derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción de conocimiento, un recurso de amparo, o un recurso de plena jurisdicción en los sistemas provinciales más antiguos. En tales casos el individuo puede obtener—en esa u otra acción— una indemnización para sí.”*¹⁰¹;

98 Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución Nro. 0683-2015 dentro del juicio No. 0047-201. Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia Y Derecho 5ta. Edición Período Enero Diciembre 2015 Quito - Ecuador.

99 JELLINEK, Walter, Verwaltungsrecht, Berlín, 1931, 3ª ed., reimpresión 1948, Offenburg, Lehrmittel-Verlag, p. 201.

100 Kormann-List, Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts, 1930, 2ª ed., p. 250.

101 MORELLO, Augusto M. y CAFFERATA, Néstor A., Visión Procesal de Cuestiones Ambientales, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 188.

Una de las pretensiones que debe ser aludida claramente en el escrito de la demanda a través de la acción subjetiva, es la nulidad del acto administrativo, lo cual está superditado a que el tribunal identifique irregularidades como la de incompetencia del funcionario de donde proviene la decisión que se impugna o su falta de motivación;

Ha de considerarse que *“si la pretensión se dirige a obtener la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, mediante recurso subjetivo o de plena jurisdicción, a más de señalar con precisión la causa o las causas en que supuestamente ha incurrido el funcionario público, al emitir el acto administrativo, debe la demanda referirse concreta y expresamente que la pretensión es que el juzgador declare tal nulidad, ya que el juez contencioso administrativo no tiene facultad para declarar de ocio dicha nulidad. Si el recurrente no impugna y no pide la declaratoria de nulidad, el Juez no la declarará y si existen méritos quizá declare simplemente la ilegalidad”*¹⁰²

Otra de las pretensiones que se plantea con la acción subjetiva es el restablecimiento de los derechos del administrado, esta noción tiene relación con la reparación del daño¹⁰³ o perjuicio ocasionado por los efectos producidos con la resolución administrativa que se impugna, se trata de un concepto vinculado al derecho constitucional por afectación de derechos de carácter fundamental y que claro, también alude al derecho administrativo por la estrecha relación que existe entre ambos.

“La reparación integral hace referencia a un amplio rango de medidas que pueden adoptarse a una violación real o potencial que abarca tanto a la sustancia de la ayuda, así como el procedimiento del cual se la pueda obtener. En esencia, no existen parámetros definidos para un único uso de la palabra pero para efecto del reconocimiento de los Estados, se expresa como una doble obligación hacia las víctimas: para

102 SALINAS MONTAÑO, Clotario. Nulidad del Acto Administrativo. Revista Judicial Derecho Ecuador.

103 BERISLAIN, Carlos Martín sobre la reparación manifiesta que *“se refiere a un conjunto de medidas orientadas a restituir los derechos y mejorar la situación de las víctimas, así como promover reformas políticas que impidan la repetición de violaciones.”* Carlos Martín Berislain, “La reparación del diseño al cumplimiento” en *Diálogo sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 173.

*que sea posible el alivio del daño sufrido y para proporcionar un resultado final que en realidad ocupa el daño. Para decirlo de otra manera, la justicia para las víctimas exige genuinos mecanismos procesales que resulten en el alivio final y positivo de la vulneración de derechos*¹⁰⁴

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, el término reparar proviene de la voz latina “reparare”, que se traduce en desagraviar, satisfacer al ofendido y la palabra “reparación” del latín “reparatio”, cuya traducción es desagravio, satisfacción completa de una ofensa, daño o injuria.

2.4. La impugnación de actos normativos mediante la acción de plena jurisdicción o subjetiva

Se puede advertir que en el Código General de Procesos el legislador ha redactado con mejor técnica jurídica la norma al referirse a la procedencia de la acción de plena jurisdicción, con la que además de impugnar actos administrativos, también se puede impugnar los hechos administrativos y los actos normativos, con lo cual se identifica con amplitud el espacio de cobertura de la acción, a diferencia de lo normado en forma limitada en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que refería que el recurso de plena jurisdicción amparaba derechos subjetivos afectados por actos administrativos.

Entiéndase que si el acto administrativo es la expresión de la voluntad jurídica de derecho público de una autoridad que se encuentra ejerciendo una función dentro de la administración pública¹⁰⁵, el hecho admi-

104 ESCUDERO, Jhoel “Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador” en Manual de justicia constitucional ecuatoriana (Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional, 2013), p. 275.

105 Constitución de la República del Ecuador. “Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

nistrativo se traduce en la materialización de los efectos de esa voluntad administrativa;

El Código Orgánico Administrativo en su Art. 127 refiere: *“El Hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que exista o no un acto administrativo previo.”*

Con el fin de esclarecer esta diferencia entre acto y hecho administrativo, El Código Orgánico Administrativo en su Art. 127 refiere: *“El Hecho administrativo es toda actividad material, traducida en operaciones técnicas o actuaciones físicas, ejecutadas en ejercicio de la función administrativa, productora de efectos jurídicos directos o indirectos, sea que exista o no un acto administrativo previo.”* Se puede ejemplificar lo siguiente: sobre la base del art. 57, literal L del COOTAD se establece que al Consejo Municipal le corresponde:

“(...) l) Conocer las declaraciones de utilidad pública o de interés social de los bienes materia de expropiación resueltos por el alcalde conforme a la ley. (...)”

Esta declaratoria de utilidad pública que debe observar algunas formalidades, con su respectiva motivación, individualizándose el bien objeto del proceso expropiatorio y el fin al que se destinará, con la certificación del registro de la propiedad, tiene la calidad de un acto administrativo, en razón de que es dictada por órgano competente cuyo ámbito de funciones gravita dentro de la administración pública del régimen descentralizado, el mismo produce efectos jurídicos de carácter individual que en este caso recaen en el propietario del inmueble a expropiarse;

La Ratio Decidendi (razón de la decisión) que a continuación se transcribe de la resolución 0529-2015 dentro del juicio 0003-2013 de fecha 10 de septiembre de 2015, en relación a la competencia de los Gobiernos Autónomos Descentralizados en casos de expropiación ilustra el ejemplo antes citado:

“Los Gobiernos Autónomos Descentralizados Municipales tienen competencia exclusiva para planificar el desarrollo cantonal, para regular y controlar el uso y

ocupación del suelo urbano y rural, así como para planificar, construir y mantener la vialidad urbana con respeto de la propiedad privada, de conformidad con la Constitución y la ley; y, pueden limitar ese derecho a la propiedad mediante la expropiación, según lo establece el art. 323 de la Constitución, en concordancia con el procedimiento previsto en el COOTAD, esto es, previa declaratoria de utilidad pública en acto debidamente motivado, justa valoración, indemnización y pago.”¹⁰⁶

Si el acto administrativo se configura con la resolución de expropiación, el hecho administrativo lo constituye la acción física o material que permite el cumplimiento de la voluntad de la autoridad municipal, esto se resume en la acción de desalojo¹⁰⁷ ejecutada por los funcionarios municipales en coordinación con la fuerza pública ante la eventual negativa del propietario para abandonar dicho inmueble.

Con lo dicho antes, se insiste en que la acción de plena jurisdicción o subjetiva no opera únicamente con el fin de buscar la nulidad de un acto administrativo¹⁰⁸, sino que también por su intermedio puede alcanzarse la nulidad del acto normativo (reglamento) que se presume está viciado; no está por demás distinguir las peculiaridades del acto administrativo y del acto normativo;

Según Boquera Oliver, *“los juristas, sin demasiadas discrepancias, entienden el término acto como declaración de voluntad que crea efectos jurídicos para una persona*

106 Resolución 0529-2015 dentro del juicio 0003-2013 de fecha 10 de septiembre de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Corte Nacional de Justicia, Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho p. 83.

107 Desalojos forzosos Folleto informativo N° 25/Rev. 1 NACIONES UNIDAS Nueva York y Ginebra, 2014. p. 31. *“Para que los desalojos estén justificados, se deben llevar a cabo: a) solo en las circunstancias más excepcionales; b) después de que todas las alternativas viables al desalojo que tengan en cuenta la circunstancia excepcional se estudien en consulta con la comunidad afectada; y c) después de que se ofrezcan garantías procesales a la persona, el grupo o la comunidad 22. Los desalojos nunca deben llevarse a cabo de manera discriminatoria o dejar a alguien sin vivienda o expuesto a otras violaciones de los derechos humanos.”*

108 *“una declaración jurídica unilateral y concreta de la Administración Pública, en ejercicio de un poder legal, tendiente a realizar o a producir actos jurídicos, creadores de situaciones jurídicas subjetivas, a la par que aplica el derecho al hecho controvertido”* DROMI José Roberto, *“Derecho Administrativo”*, Editorial Astrea, Argentina, 1992. p. 154.

o personas determinadas y el término disposición como declaración de voluntad que produce efectos jurídicos para un grupo indeterminado o categoría de personas”;

Nótese que el acto normativo deviene del ejercicio de la facultad reglamentaria reconocida constitucional y legalmente al ejecutivo, al legislativo y a ciertos órganos de la administración pública con el carácter de obligatorio cumplimiento; por lo que se esclarece que *“el contener normas jurídicas distingue a los Reglamentos de los actos administrativos.”*¹⁰⁹

2.5. Trámite de la acción de plena jurisdicción o subjetiva

En cuanto al procedimiento de sustanciación de la acción de plena jurisdicción o subjetiva, el Código Orgánico General de Procesos plantea un reto para los operadores jurídicos y abogados litigantes, en tanto modifica el caduco procedimiento previsto en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, agotado en el sistema tradicional de la escritura y el alegato, con restricciones en cuanto a la interacción de las partes procesales con los jueces, con limitadas facultades del Tribunal de lo Contencioso en relación al control de legalidad de todo ese amplio espectro de potestades que ha tenido y tiene la administración pública, marginando la posibilidad de permitir el ejercicio efectivo de prerrogativas ciudadanas como por ejemplo el derecho de petición, sin reglas claras para establecer la responsabilidad del estatal, entre otras limitaciones de orden procesal.

En primer lugar tenemos una delimitación precisa del trámite en el que se va a sustanciar la acción de plena jurisdicción o subjetiva, que conforme lo determina el Artículo 327¹¹⁰ del Código Orgánico General de Procesos es el procedimiento ordinario, con dos excepciones en caso de las acciones por silencio administrativo positivo y las de pago por consig-

109 MARTIN MATEO, Ramón. Manual de Derecho administrativo, Madrid, 1981 (6ª ed.), pp. 129-131.

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

nación que se tramitarán en procedimiento sumario y que serán objeto de análisis más adelante.

El artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos en forma expresa señala *“que se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”*; el trámite ordinario se lo ha catalogado como un proceso de conocimiento, que según Enrique Véscovi *“es aquel que tiene por finalidad producir una declaración de certeza sobre una situación jurídica.”*¹¹¹

Para Eduardo Couture, las acciones de conocimiento *“son aquellas en que se procura tan solo la declaración o determinación del derecho”*¹¹²; y para Jaime Guasp, estos procesos son de conocimiento porque *“existe y no puede faltar el conocimiento por el juez del fondo del asunto, conocimiento que, según su denominación técnica de cognitio judicial da nombre a toda la figura.”*¹¹³

Las normas comunes en cuanto al procedimiento para demandar la acción subjetiva, serán revisadas en el capítulo IV, con el objeto de analizar las fortalezas del trámite ordinario en un escenario donde se espera pueda concretarse la resolución eficaz de la controversia, la resolución efectiva de las excepciones previas propuestas, el saneamiento del proceso, una auténtica evacuación de la prueba, simplificando los tiempos de respuesta del juzgador y generando fallos de calidad.

2.6. La acción de anulación objetiva o por exceso de poder.- Contexto legal y antecedentes doctrinarios

En el orden secuencial tal cual lo determina el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en el número 2 del Art. 326 se reconoce la

111 VÉSCOVI, Enrique, Teoría General del Proceso, segunda edición actualiza, editorial Temis, Bogotá, 1999, pp. 96, 97.

112 COUTURE, Eduardo, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, tercera edición, editorial Depalma, Buenos Aires, reimp., 1993, p. 81.

113 GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Tomo 1, tercera edición corregida, editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pp. 26, 27.

Acción de Anulación Objetiva o por Exceso de Poder, mecanismo de tutela que también estuvo regulado en la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (art. 3, inciso tercero), en la normativa vigente (COGEP) su redacción mantiene sindéresis al describirse su ámbito de protección, su objeto, la determinación de la legitimación activa y la pretensión de la siguiente forma:

“Art.326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; (...) 2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal.”¹¹⁴

A continuación se transcribe un resumen del caso dentro de la Resolución No. 0548-2013, Juicio No. 0143-2011, así como el extracto del fallo antes referido en el que podemos apreciar cómo se analiza la exigibilidad de la concurrencia del interés directo como presupuesto para la procedencia de la acción de anulación u objetiva:

RESUMEN DEL CASO:

“María Esther Samaniego Castro y Diego Fabián Piedra Molina presentaron demanda en contra del Consejo Provincial de Loja, para que se declare la nulidad del nombramiento, como jefe de servicios generales, del señor Nelson Felipe Pablo Andrés Mora Castillo, al considerar que no se habían observado las normas constitucionales y legales que exigen la realización de un concurso de méritos y oposición para el ingreso y ascenso en el sector público. El Tribunal Distrital N° 5 de lo Contencioso Administrativo, en sentencia, resolvió aceptar la demanda presentada; el demandado, inconforme con lo resuelto, interpuso recurso de casación, alegando que no existe interés directo de los actores para demandar, por lo que no podían interponer recurso objetivo o de anulación. Admitido el recurso, la Sala Especializada de lo Contencioso

114 Código Orgánico General de Procesos. Art. 326, numeral 2.

Administrativo de la Corte Nacional de Justicia resolvió casar la sentencia y declaró la validez del acto impugnado, en virtud de que un nombramiento es un acto que produce efectos particulares.

EXTRACTO DEL FALLO

TERCERO: (...) 3.4. Sin mayor esfuerzo interpretativo se puede concluir que el hecho de ser funcionarios de la institución demandada y el “empeño” en que se cumpla con las normas jurídicas no constituye suficiente fundamento para considerar que exista el interés directo que debe acreditar quien busca la nulidad de un acto administrativo. (...)”¹¹⁵

Continuando con la revisión doctrinaria en relación al origen de la acción objetiva o de anulación, Fernando Garrido Falla parafraseando a Alibert, describe un importante antecedente del recurso de anulación desde la perspectiva de su procedencia:

“originariamente, en Francia el recurso de anulación se daba única y exclusivamente en los tres supuestos siguientes: incompetencia, vicio de forma y desviación de poder. El vicio de forma y la desviación de poder pueden explicarse también como aspectos de la incompetencia con que la autoridad administrativa ha actuado. De aquí se deduce el rasgo característico del recurso de anulación (o exceso de poder) durante esta etapa de su desenvolvimiento: el Juez sólo puede apreciar las condiciones externas de legalidad del acto; el examen de la legalidad interna era cosa reservada al contencioso de plena jurisdicción.”¹¹⁶

En un primer momento la acción objetiva o de anulación procedía en casos específicamente determinados, esto es para revisar actuaciones de autoridad incompetente, para identificar vicios por defecto de forma que

115 Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución 0548-2013 dentro del Juicio No. 0143-2011. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014 pp. 18, 19.

116 ALIBERT, Le controle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir, París, 1926, p. 37.

según Duez y Debeyre “*consiste en la omisión o en el cumplimiento incompleto o irregular de las formas del procedimiento a las que el acto administrativo está sometido, sea por las leyes o reglamentos, sea por la naturaleza misma de las cosas*”; también para revisar asuntos relacionados con la desviación de poder, esto se entiende como los excesos o actuaciones al margen de la ley en los que ha incurrido la autoridad durante el ejercicio de su función.

En lo posterior, se reconoce otro supuesto o dicho de otra forma se amplía la procedencia del recurso objetivo con la pretensión de restituir la legalidad de la norma jurídica violentada, al respecto Fernando Garrido Falla señala:

*“A partir de 1864, fecha en la que tuvo lugar la admisión de un cuarto motivo como determinante del recurso de anulación: la violación de la ley y de los derechos adquiridos. No hay que esforzarse mucho en demostrar la transformación sustancial que a partir de este momento debería sufrir el recurso de anulación. Sencillamente, y a partir de entonces, el contencioso de anulación implica la posibilidad de revisar la legalidad interna, al mismo tiempo que la externa, del acto administrativo.”*¹¹⁷

2.7. Finalidad de la acción de anulación objetiva o por exceso de poder

Continuando con el análisis respecto de la finalidad de la acción objetiva o de anulación por exceso de poder, se insiste en que ésta, no persigue en sí el reconocimiento o la restitución de un derecho personal del administrado, lo que se pretende es restablecer la legalidad del acto normativo del cual se aduce está viciado;

“En este caso el accionante no pide el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas, sino simplemente la anulación del acto que se impugna. Es un medio de defensa del derecho objetivo violado y sólo persigue la anulación del acto lesivo. Con esta acción se discute exclusivamente la legalidad del obrar administrativo, abstracciones hechas de los derechos subjetivos que pudiese ostentar el recurrente y de los daños

117 GARRIDO FALLA, Fernando. El recurso subjetivo de anulación, p. 181.

*que pudieran habérsele causado con la actividad ilícita. En consecuencia, el juez debe resolver únicamente si el acto administrativo es o no contrario al derecho objetivo; en caso negativo rechazará la demanda y en caso afirmativo se limitará a declarar que el acto impugnado es nulo.”*¹¹⁸

La jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia haciendo alusión a la acción objeto de análisis, precisa su finalidad y procedencia en los siguientes términos:

*“La acción de nulidad, de larga tradición legislativa (ley 130 de 1913) y jurisprudencial en nuestro medio, tiene como finalidad específica la de servir de instrumento para pretender o buscar la invalidez de un acto administrativo, proveniente de cualquiera de las ramas del poder público, por estimarse contrario a la norma superior de derecho a la cual debe estar sujeto. A través de dicha acción se garantiza el principio de legalidad que es consustancial al Estado Social de Derecho que nuestra Constitución institucionaliza y se asegura el respeto y la vigencia de la jerarquía normativa. Dicha jerarquía, cuya base es la Constitución, se integra además con la variedad de actos regla, que en los diferentes grados u órdenes de competencia son expedidos por los órganos que cumplen las funciones estatales, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales de que han sido investidos formal, funcional o materialmente.”*¹¹⁹

Es importante singularizar algunas particularidades en cuanto a las características del procedimiento de esta acción que distingue la doctrina en las siguientes líneas:

*“El procedimiento en la acción de anulación es sumario e instructorio. La Administración no tiene procesalmente el carácter de parte; no hay normalmente apertura a prueba y las facultades del juez son más amplias: puede impulsar el proceso de oficio según verdad material.”*¹²⁰

118 DROMI, José Roberto. Ob. Cit. p. 120, 121.

119 Corte Constitucional de Colombia Sentencia No. C-513 de 1994.

120 GIORGI, Héctor, el Contencioso administrativo de anulación (Montevideo, 1958) y MÉNDEZ Aparicio, Lo contencioso de anulación en el derecho Uruguayo (Montevideo, 1952); Garrido Palla, El recurso subjetivo de anulación, en R.A.P., No 3, (Madrid, 1950), p. 177 y sigs.;

Sin embargo de lo antes referenciado, el Código General de Procesos (COGEP) en el art. 327 también prevé que la acción de anulación objetiva o por exceso de poder deberá sustanciarse en trámite ordinario, con lo cual se advierte que ésta acción se va a sustanciar de acuerdo a reglas procesales expresas, en concordancia con el art. 289 del mismo cuerpo normativo que textualmente dice:

“se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación”;

El trámite ordinario se lo ha catalogado como un proceso de conocimiento, que en similitud con las definiciones doctrinarias propuestas anteriormente, el procesalista Enrique Véscovi también considera que éste *“tiene por finalidad producir una declaración de certeza sobre una situación jurídica.”*¹²¹

2.8. Pretensiones de la acción de anulación objetiva o por exceso de poder

Del art. 326 del COGEP se desprende que la pretensión es solicitar la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal;

Ahora bien, se infiere que un acto está viciado cuando ha sido dictado por un funcionario que en forma consiente se ha extralimitado al momento de emitir su resolución, esto nos acerca a la idea del abuso de sus facultades, ante lo cual es necesario distinguir que la potestad del órgano tiene dos características, puede ser reglada y discrecional, ¹²²*“si la ley fija de manera agotadora todas y cada una de las condiciones de ejercicio de la potestad, de modo que construya un supuesto legal completo, nos encontramos ante las llamadas potestades regladas.”*

RODRÍGUEZ ELIZONDO, José A., Protección jurisdiccional de los administrados (El exceso de poder), Seminario de Derecho Público No 7 (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961).

121 VÉSCOVI, Enrique, Ob. Cit. pp. 96, 97.

122 VILLOSLADA GUTIÉRREZ, María. El control de la Discrecionalidad, Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones, 2013, p. 4.

La potestad discrecional permite a la autoridad resolver el conflicto aplicando una de las varias opciones que tiene a su alcance, todas igual de válidas y coherentes con el ordenamiento jurídico;

Para el jurista Héctor Mairal, *“la facultad discrecional se encontrará allí donde la Administración cuente con la posibilidad de elección entre varias alternativas: sea que la elección se limite al momento en que se actuará, sea que se extienda a la determinación de la situación de hecho ante la cual dictará el acto previsto por la norma, a la determinación del acto que dictará ante la situación del hecho que la norma prevé o, en fin, a la determinación tanto de los motivos como del objeto del acto. Cualquiera que sea el aspecto sobre el cual recae la posibilidad de elección, se tratará de una facultad discrecional.”*¹²³

Otra cuestión que debe analizarse dentro de la configuración del vicio legal es lo atinente al error de derecho y al error de hecho; la administración pública en su amplio espectro de funcionamiento, organización, estructura y servicios, es proclive a equivocarse en sus decisiones y resoluciones, el funcionario público como el juez con las distancias propias de cada uno, son susceptibles de incurrir en equivocaciones o errores dentro del ámbito de sus funciones, por ello la importancia de distinguir desde la perspectiva doctrinaria en materia administrativa la diferencia entre el error de hecho y el error de derecho:

Para Díez-Picazo, *“el error es propio cuando la voluntad ha sido viciosamente formada sobre la base de un inexacto conocimiento de la realidad o sobre una equivocada creencia o representación mental”*¹²⁴; es de similar percepción entre los doctrinantes que el error propio se asocia a la noción del error de hecho, *“advertimos que esta definición coincide en su práctica totalidad con la que la doctrina administrativista sobre esta materia atribuye al error de hecho, que lo define sencillamente como la inexacta representación de una situación fáctica.”*¹²⁵

123 MAIRAL, Héctor A. Control Judicial de la Administración Pública, II, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 647.

124 Díez-PICAZO, Luis, Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. I, Ed. Civitas, 4.a ed., 1993 p. 179.

125 BOQUERA OLIVER, José, referido por SOCÍAS CAMACHO, Joana M. Error Material, Error de Hecho y Error de Derecho. Concepto y Mecanismos de Corrección.

Respecto del error de derecho, Boquera Oliver manifiesta:

*“aplicado en el ámbito administrativo, la errónea aplicación de las normas jurídicas debido a un razonamiento equivocado tiene por consecuencia su infracción, lo que, dicho en otras palabras, significa que la principal consecuencia que se deriva de este tipo de error es que impide que el contenido del acto se acomode al ordenamiento jurídico, lo que origina un acto ilegal.”*¹²⁶

El yerro jurídico del juzgador configurado por la interpretación imprecisa de la ley que bien puede entenderse como la falta de conocimiento de la normativa tiene como efecto la producción del error de derecho, que tal como lo precisa la doctrina, no puede generar efectos legales.

2.9. Aspectos comparativos entre la acción de anulación objetiva o por exceso de poder y la acción de plena jurisdicción o subjetiva

La doctrina ha sido explícita al identificar caracteres propios de las acciones de plena jurisdicción o subjetiva y la de anulación u objetiva; por ejemplo en la primera institución prima la tutela y restitución del derecho subjetivo, mientras que en la acción objetiva prevalece la defensa del interés legítimo.¹²⁷

En cuanto al procedimiento también se han presentado algunas consideraciones, observándose que en la acción subjetiva se identifican plenamente las partes procesales como accionante y accionado (administrado y administración) y se someten a un trámite que de acuerdo a nuestro ordenamiento legal es el ordinario, donde se interactúa bajo el sistema de audiencias y en el que tiene plena cabida el principio de inmediación con el juzgador;

126 BOQUERA OLIVER, José. Estudios sobre el acto administrativo, Ed. Civitas, 5.a ed., 1988 p. 176.

127 Sobre el Interés legítimo *“También puede interponer recurso jerárquico el titular de un interés legítimo, o sea quien tiene una situación jurídica tutelada en forma concurrente, como parte de un círculo definido y delimitado de personas. 84 Pueden interponer el recurso los diversos titulares de un mismo interés legítimo tanto en forma conjunta, como individualmente. En todos los casos, lo que se resuelva respecto de uno afectará naturalmente a los demás y será por ello necesario en su caso citarlos como cointerésados. En el empleo público hay normas prohibitivas de la presentación conjunta, inaplicable cuando no sean funcionarios de la repartición autora del acto”* GORDILLO, Agustín. Tratado de derecho administrativo y obras selectas. Tomo 4. El Procedimiento Administrativo. p. 490.

En tratándose de la acción objetiva o de anulación, “*el procedimiento es muy distinto: “La administración no tiene el carácter de parte, el procedimiento es sumario, no hay normalmente apertura a prueba, y las facultades del juez durante el proceso son más, amplias, en la medida en que no hay partes en estricto sentido. El juez actúa pues de oficio, primando el principio de la impulsión e instrucción de oficio, en lugar de la impulsión de las partes, y el principio de la verdad material en lugar del de la verdad formal, etc.*”¹²⁸

En relación a las facultades del juzgador¹²⁹ dentro de la acción subjetiva, éste tiene plena discrecionalidad para resolver la pretensión del accionante, sea restituyéndolo a su función o cargo público o sea indemnizándolo por la afectación de su derecho subjetivo, el juez asume activamente su rol dentro de los distintos momentos procesales;

En el procedimiento de anulación advierte Gordillo, “*que la administración no ha sido parte procesal, que no se ha podido hacer una normal producción de pruebas, que las atribuciones del juez en cierta forma son más limitadas.*”¹³⁰

Debe reconocerse que en la praxis del derecho procesal administrativo y dentro del foro administrativista, ha existido cierta confusión y una inclinación a darles el mismo tratamiento a la acción de plena jurisdicción o subjetiva y la acción de anulación objetiva o por exceso de poder, al respecto la jurisprudencia ecuatoriana ha sido explícita al identificar y determinar la procedencia de ambas acciones:

128 GORDILLO, Agustín La Protección Judicial. Derecho Procesal Administrativo Lo Contencioso Administrativo p. 299 (http://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo14.pdf).

129 “*En el procedimiento de plena jurisdicción, como lógica consecuencia de haber dos partes en el proceso, las cuales pueden ofrecer y producir prueba, etc., con una discusión amplia de los hechos y el derecho, las facultades del juez en la sentencia son amplias: Puede anular total o parcialmente el acto, disponer otra cosa en su lugar, otorgar indemnizaciones, etc. El nombre de procedimiento de “plena jurisdicción,” justamente, se ha dado en atención a que el juez resuelve estas causas con jurisdicción “plena” o normal, o sea con sus atribuciones ordinarias.*” Véase en GORDILLO, Agustín, Ob. Cit. p. 299.

130 Véase en GORDILLO, Agustín Ob. Cit. p. 299; quien además menciona que el juez “*sólo puede disponer la ilegitimidad del acto, sin otorgar indemnizaciones y sin pronunciarse en principio sobre los hechos. El juez juzga sólo de la legitimidad del acto en su confrontación externa con las normas positivas; por ello es que el recurso se llama “de anulación” o “de ilegitimidad,” porque sólo esto puede tender a lograr.*”

“El recurso de anulación u objetivo cabe contra un acto administrativo general, objetivo, normativo, abstracto y permanente, que regula un conglomerado indeterminado de sujetos de derecho, que entran en pugna con normas de mayor jerarquía como son las legales. El recurso de plena jurisdicción procede contra el acto administrativo individual, concreto, particular, que inciden sobre un derecho subjetivo. No queda al criterio de los litigantes determinar la clase de recurso propuesto ni es facultad discrecional del juez calificar de que recurso de trata, puesto que, ambos recursos están taxativamente definidos en la ley. (...) Además, debe recordarse que el criterio judicial nacional, en fiel aplicación de la ley, ha venido sosteniendo, que el recurso subjetivo se encuentra en íntima relación con un derecho subjetivo público, protegiendo a uno o varios individuos, afectando primordialmente bienes económicos, profesionales, patrimoniales, etc., decidiendo acerca de la validez del acto administrativo, las indemnizaciones y demás reclamaciones generadas por la lesión que causa el acto administrativo, y también sobre las costas; mientras, que el recurso objetivo, por el contrario, tiene como único y excluyente objeto, que se restablezca el imperio de la Ley, lesionada por el acto administrativo impugnado, puesto que considera solamente a la norma en sí misma, expresamente identificada e individualizada, buscando restaurar el derecho normativo, pero prescindiendo de cualquier derecho subjetivo que pudiese invocar el accionante, u otras situaciones jurídicas que puedan tener los particulares, siendo improcedente pretender el pago de indemnizaciones o la devolución de bienes. Finalmente, como anteriormente se ha decidido, el recurso objetivo, busca la anulación del ilegal acto administrativo, debido a violaciones perpetradas en aspectos formales relacionados a la manifestación de voluntad de la administración o violaciones que afectan el objeto y fin de la gestión administrativa en aspectos materiales, así la competencia en razón de la materia y las personas o la desviación del poder en tales resoluciones, o sea que no están previstas en la ley. En el otro caso, el recurso subjetivo, busca exigir alguna acción o cosa a la Administración Pública o a las personas jurídicas semipúblicas, o viceversa, también es la facultad de éstas, a su vez para exigir algo al administrado, pero que en ambas situaciones, no es otra cosa, que la individualización del interés protegido, que constituye el derecho subjetivo, sea general o especial, excluyéndose el simple interés por

*la legalidad, que afectada indirectamente a los habitantes del Estado y sus organismos seccionales (...)."*¹³¹

Sin embargo de las aclaraciones respecto de la naturaleza y procedencia de las acciones subjetiva y objetiva, algunos tratadistas refieren que hay cierta tendencia a la unificación de ambas acciones, precisamente por esa suerte de confusión en relación a la pretensión que se reclama, en el sentido de que con la acción de plena jurisdicción se espera la restitución del derecho subjetivo violentado y con la acción objetiva la restitución de la legalidad de la norma jurídica que también puede derivar en la vulneración de derechos subjetivos colectivos.

*"En la doctrina y jurisprudencia se ha señalado que en la práctica los "recursos contencioso administrativos" o "acciones procesales administrativas" de plena jurisdicción y anulación se tienden a confundir. En efecto, el llamado recurso por "exceso de poder" —de anulación— ha ido perdiendo su objetividad, exigiéndose la titularidad de una situación subjetiva específica de "interés legítimo", para la admisibilidad del mismo, y además para merituar la "violación de la ley" una de las causales de la acción de nulidad, no será suficiente examinar y decidir sobre la legitimidad externa, sino que obligadamente habrá que juzgar la legalidad interna resultante de la violación de los derechos individuales en el caso concreto."*¹³²

Adicionalmente, la jurisprudencia en nuestro país ha dejado sentado el criterio de que corresponde a los jueces del contencioso administrativo señalar la clase de acción incoada, sin detenerse a considerar la calificación que le haya dado el accionante; al respecto:

"(...) QUINTO: Sobre la base de la consideración anterior, ha sido doctrina permanente de esta Sala, así como del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción nacional, que la clase de recurso que se

131 Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. p. 1379. (Quito, 10 de enero de 1996).

132 BERCAITZ, Miguel Ángel, Proceso y Procedimiento Contencioso-Administrativo. R.A.P. No. 44 (Madrid, 1964), pp. 138, 139.

*propone se determina únicamente por el propósito que mueve al accionante para proponer la acción: si éste es el de defender directamente un derecho o si, al contrario lo que mueve al accionante es lograr la derogatoria de una situación violatoria de una norma jurídica que, aunque afecte a su interés, en la especie el motivo que mueve al recurrente es defender un derecho subjetivo, como consta anteriormente, así mismo, la jurisprudencia es concordante y permanente en sostener que corresponde al Tribunal señalar la clase de recurso, sin considerar, la calificación que al mismo haya dado el proponente para el establecimiento de la clase de recurso, pues ésta puede ser pretendida, tanto en recurso subjetivo como en recurso objetivo; y, como se ha manifestado en la especie, el efecto jurídico o motivo que mueve al recurrente es de un asunto que se constituye dentro del recurso subjetivo o de plena jurisdicción, conforme el artículo 326 numeral 1 del COGEP (...)*¹³³.

Lo correspondiente al procedimiento para demandar la acción objetiva o de anulación por exceso de poder, que como ya se ha comentado anteriormente se sustancia en trámite ordinario, será ampliado dentro del capítulo referente a las disposiciones comunes del procedimiento contencioso administrativo en el Código Orgánico General de Procesos.

Un asunto de interés que no puede escapar del análisis y que debe ser tratado por el alto índice de recurrencia en nuestro medio, es la errada interposición de las acciones constitucionales como la de protección o la de medidas cautelares con la pretensión de impugnar actos administrativos, inobservando normas constitucionales y legales que taxativamente han establecido el cauce de impugnación de las resoluciones expedidas por los órganos de la administración pública;

Sin embargo ha sido de frecuente práctica, la confusión que tienen ciertos operadores de justicia, al no establecer distancias entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria, con la agravante de aceptar en forma desmesurada acciones de protección para dejar sin efecto actos administrativos,

133 Resolución Nro. 662-2017 de la Corte Nacional de Justicia.- Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo.

generando inseguridad jurídica y dilaciones procesales innecesarias que derivan en pérdida de tiempo y recursos.

Sobre este particular transcribo a continuación un resumen del caso, extracto del fallo y argumentos esgrimidos en la resolución 0052-2014 dentro del proceso Nro. 0448-2010, en el que se puede apreciar la fundamentación de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia respecto de la improcedencia de la acción de protección como medio de impugnación de actos administrativos:

“RESUMEN DEL CASO

El señor Carlos Oswaldo Torres Orellana inició juicio de impugnación por destitución, en contra del Municipio de Chordeleg. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 3, en sentencia de mayoría, resolvió aceptar la excepción de cosa juzgada y declara sin lugar la demanda; inconforme con lo resuelto, el recurrente interpuso recurso de casación, al considerar que en la sentencia se produjo una errónea interpretación de los artículos 76, numeral 7, letras a), j), i) y l) de la CRE. Admitido el recurso interpuesto, la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, una vez analizada la sentencia, concluyó que el tribunal de instancia no explicó la pertinencia de la excepción de cosa juzgada (que no fue alegada por la parte demandada), razón por la que dispuso que se devuelva el proceso al tribunal de instancia, a fin de que pronuncie sentencia en la causa

EXTRACTO DEL FALLO

“CUARTO.- 4.2.- (...) A su vez el Art. 42 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), respecto a los casos en que no procede la acción de protección señala: “4. Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz.”; y conforme el numeral 5 y 6 del mismo artículo, no cabe cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho, ni contra providencias. Lo que le otorga a la acción de protección un carácter eminentemente subsidiario (...).”

ARGUMENTOS DEL FALLO

Dentro del juicio de impugnación por destitución, en la sentencia se declaró sin lugar la demanda y se aceptó la excepción de cosa juzgada. El señor Carlos Oswaldo Torres interpuso recurso de casación, al amparo de la causal primera del artículo 3 de la LC; argumentó que el tribunal de instancia no distinguió entre acción de tutela y acción de protección. La acción de amparo constitucional era eminentemente cautelar, podía suspender los actos contrarios a los derechos constitucionales. Esta fue sustituida por la acción de protección, que también protege derechos fundamentales, pero que puede ser preventiva, declarar la vulneración de derechos y ordenar la reparación del daño material e inmaterial. No procede la acción de protección cuando la pretensión del accionante sea la declaración de un derecho, lo que le da a la acción de protección un carácter eminentemente subsidiario. La Constitución vigente establece, como garantía fundamental, el derecho a impugnar actos administrativos ante la Función Judicial; este derecho no puede restringirse por el hecho de presentar una acción de protección, debido a que la jurisdicción y el control de la legalidad de los actos administrativos corresponde a 31 Acción de protección la jurisdicción contencioso administrativa, por lo tanto esa competencia no puede ser asumida por los jueces constitucionales a pretexto de una acción de protección. La naturaleza de la acción de tutela no puede ser la misma que la de una acción de protección, por lo que se puede afirmar que el efecto de las sentencias dictadas dentro de las acciones de protección, no podrían constituir cosa juzgada en la justicia ordinaria. A pesar de que el tribunal de instancia aceptó la excepción de cosa juzgada, tal excepción no fue alegada por la parte demandada; además, incurrió en error al no aplicar la jurisdicción y competencia establecida por la Ley, violentándose, así, los principios de legalidad, jurisdicción y competencia. El tribunal de casación consideró nulo el fallo de instancia por no haber explicado la pertinencia de la cosa juzgada, asunto que ni siquiera fue alegado por la parte actora; en tal virtud, dispuso la devolución del proceso al tribunal del instancia para que emita sentencia dentro de la causa.”

2.10. La acción de lesividad.- Antecedentes y consideraciones previas

La Acción de Lesividad en el Ecuador como mecanismo de control de la legalidad de los actos administrativos dictados por la autoridad pública, no ha tenido un desarrollo práctico efectivo, las regulaciones normativas que han normado su procedencia han sido limitadas, no se ha observado un ejercicio procedimental importante en términos cuantificables por la escasa casuística desarrollada.

El no haber tenido un marco jurídico que en forma integral regule la actividad, estructura, funcionamiento y el procedimiento administrativo de las administraciones públicas, ha sido una limitante para aplicar y operativizar en forma eficaz el Derecho Administrativo en nuestro país, situación que debe irse subsanando con la aplicación del Código Orgánico Administrativo (COA).

La praxis del derecho administrativo en el país ha sido esquiva en cuanto al reconocimiento de la lesividad como un mecanismo de extinción de los actos administrativos dictados por la propia administración pública, ha resultado casi inviable el hecho de que la autoridad o el órgano que dictó el acto, se auto califique como errado, es decir el hecho de reconocer el yerro jurídico en su decisión y más aún el proceder a declarar su error en forma expresa vía resolución, ha sido casi inverificable, salvando las excepciones existentes.

Para esclarecer la naturaleza de la lesividad necesariamente debemos remitirnos a su origen, que en opinión de un amplio sector de la doctrina, se encuentra en España, al respecto, Roberto Dromi, citando a Guaita menciona lo siguiente:

“el origen de la acción de lesividad lo encontramos en el Derecho español por el Real Decreto de Hacienda del 21 de mayo de 1853, que dispuso en el artículo 1.º que «en los negocios en que versen recíprocas obligaciones de la Hacienda y de los particulares causarán estado las resoluciones que en mi nombre adopte el ministro de Hacienda y sean revocables por la vía contenciosa, a la que podrán recurrir ellos, tanto el Gobierno

como los particulares, si creyeren perjudicados sus derechos». El plazo para acudir a la vía contenciosa era de seis meses desde que el Gobierno entendiera que una providencia anterior causó algún perjuicio y ordene que se provoque su revocación.”¹³⁴

La crítica de algunos administrativistas en torno a la institución de la lesividad ha sido drástica en cuanto se ha cuestionado la lógica de que la propia administración pretenda a través de la vía judicial, se declare extinguido un acto administrativo dictado por ésta, *“es imposible que la Administración vuelva sobre sus propios actos, porque siendo en todo caso emanación de su autoridad y debiendo acatarlos los administrados, que pueden hacer de ellos base de sus actividades, sería no sólo un contrasentido, sino una injusticia que se admitiese la posibilidad de deshacer lo hecho, quedando así en el aire la seguridad de los que al amparo de una resolución administrativa procedieron.”*¹³⁵

Se han vertido también apreciaciones que se orientan a justificar si se quiere el derecho de la administración para declarar lesivo un acto expedido por ésta, asumiendo que no es legítimo permitir que se generen derechos a partir de un acto ilegítimo:

*“la Administración no puede volver per se sobre sus actos propios, por una parte, y también debe mentarse, por otra, que sería absurdo mantener una situación ilegal; por ello, tan pronto como la Administración descubra sus propios yerros, debe estar facultada para someter a revisión judicial aquellos actos que resulten perjudiciales a sus intereses.”*¹³⁶

2.11. El concepto de lesividad

La administración pública que por principio sustancial inherente a su naturaleza misma, tiene capacidad para auto regularse dentro de su espacio y de acuerdo a sus potestades regladas y discrecionales, frente a la institución de la lesividad cede dichas atribuciones.

134 DROMI, José Roberto Acción de Lesividad, pp. 212, 213; citando a GUAITA: El proceso administrativo de lesividad, Barcelona, 1953, pp. 20-29. Cfr. arts. 28, párrafo 3, 56, 57, párrafo 4, y 58, párrafo 5 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de España.

135 FERNÁNDEZ MOURILLO: Lo contencioso-administrativo, Madrid, 1926, p. 55.

136 ÁLVAREZ TABIO. El proceso contencioso-administrativo, La Habana, 1954, pp. 52-56.

En la perspectiva del administrativista Juan Pablo Aguilar Andrade, “*la acción de lesividad se presenta como una excepción, pues deja de lado las potestades de auto tutela de la administración pública y le obliga a recurrir a la instancia judicial. En efecto, la acción de lesividad es aquella que tienen los órganos administrativos para, cuando consideran necesario revocar un acto administrativo dictado por ellos mismos, acudir ante los tribunales, a fin de que sean éstos los que resuelvan lo conveniente.*”¹³⁷

A fin de identificar caracteres y peculiaridades de la acción de lesividad, se revisan las siguientes consideraciones a continuación:

Jesús González Pérez advierte:

*“El proceso de lesividad es aquel proceso administrativo especial cuyo objeto es la pretensión deducida por una entidad pública en relación a un acto de la misma que no puede revocar.”*¹³⁸

Flavio Lowenrosen en relación a la procedencia de la acción de lesividad menciona:

*“procede esta acción cuando resulta imposible, en sede administrativa, revocar un acto administrativo, que se encuentra firme, y que generó derechos subjetivos, que están en ejecución, o han sido ejecutados. Existe tal imposibilidad cuando la irregularidad no deriva del accionar directo del administrado destinatario del acto. Entonces la administración, a fin de eliminar del mundo jurídico un acto lesivo, que importa agravio al Estado de Derecho, debe acudir al órgano judicial, a fin que éste, disponga o no la revocación del acto. Ese accionar de la administración, accediendo a sede judicial con el fin de preservar el imperio de la legitimidad, se denomina acción de lesividad.”*¹³⁹

137 AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana. Consultado de la página web: <http://administrativopuce.blogspot.com/2009/11/apuntes-sobre-la-accion-de-lesividad-en.html>.

138 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Proceso de Lesividad, en el núm. 25 de esta REVISTA, Madrid, 1958, pp. 127-155.

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

Se infiere que acto lesivo es aquel que genera un perjuicio jurídico al órgano de la administración pública, sin embargo, manifiesta Alejandro Nieto, “*se ha considerado insuficiente el requisito de la pura lesión para entender en la acción, pues se necesita además de la violación jurídica una lesión económica*”¹⁴⁰; es decir, se colige que además de la lesión de carácter legal, es preciso se configure un perjuicio de carácter económico.

Se ha de considerar que la administración por sí misma no anula el acto administrativo, lo que hace es expedir la declaración de lesividad como una acción previa a la demanda en sede judicial a través de la acción contencioso administrativa; en esta línea González Pérez dice:

*“Entendemos que es un presupuesto esencial y especialísimo que hace a la naturaleza de la institución, razón por la cual, a veces y presumiblemente, el legislador no lo incluya por redundante. La declaración de lesividad importa un acto administrativo previo mediante el cual, y con miras a un proceso judicial ulterior, la Administración declara que un acto suyo anterior es Lesivo a sus intereses por ilegítimo.”*¹⁴¹

Un asunto que no hay que perder de vista tratándose de la acción de lesividad, es el de la legitimación activa, existe la particularidad de que la calidad de accionante la tiene la administración pública y el accionando o demandado es la persona natural o jurídica a quien o quienes se les reconoció derechos con el acto administrativo expedido por el órgano o la autoridad pública.

De tal guisa que comparecen a la jurisdicción contencioso administrativa la administración pública como parte actora y la persona natural o jurídica, ésta segunda con la pretensión de que persista el reconocimiento de su derecho, mientras que la primera que previamente efectuó la declaratoria de lesividad, con la pretensión de que el Tribunal declare en

140 NIETO, Alejandro: Lesividad y expropiación, en el núm. 36 de esta REVISTA, Madrid, 1961, pp. 131-151.

141 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: La declaración de lesividad, en el núm. 2 de esta REVISTA, 1950, pp. 56, 57.

sentencia la no subsistencia del acto administrativo del cual se generó aquel o aquellos derechos.

2.12. Regulación normativa de la acción de lesividad en el Ecuador

La evolución normativa y el desarrollo de la acción de lesividad se han mantenido estáticos, no se ha establecido con precisión el procedimiento expedito, ni se ha singularizado con propiedad su procedencia, en forma dispersa y limitada se ha normado su trámite.

Se trata de un proceso contencioso singular por cuanto la legitimación pasiva se invierte, como lo habíamos anticipado en el acápite anterior no es precisamente el órgano de la administración la parte demandada, en este caso asume éste, la calidad de accionante.

En nuestro ordenamiento legal fue la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la que reguló en su art. 23, literal d) en parte la institución de la lesividad;

“Art. 23.- Para demandar la declaración de no ser conforme a derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la administración, pueden comparecer: (...)

(...) d) El órgano de la Administración autor de algún acto que, en virtud de lo proscrito en la ley, no pudiere anularlo o revocarlo por sí mismo.”¹⁴²

Si bien la referida ley no establecía un término para poder demandar la acción de lesividad, fue el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva en su art. 97 el que complementó los presupuestos que debían concurrir para su procedencia:

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

142 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 23 literal d).

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

La acción contenciosa de lesividad podrá interponerse ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo en el plazo de tres meses a partir de la declaratoria de lesividad.”¹⁴³

En este orden, el Código Orgánico de la Función Judicial en el número 11 del art. 217 señala que una de las atribuciones y deberes de las juezas y jueces que integran las Salas de lo Contencioso Administrativo es:

“Conocer de las impugnaciones efectuadas por los titulares de la administración pública respecto de actos lesivos al interés público y que no puedan ser revocados por la propia administración.”¹⁴⁴

Actualmente, la acción de lesividad figura dentro del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) como una acción especial, el número 3 del art. 326 en forma expresa establece:

“Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; (...) “3. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público. (...)”¹⁴⁵

Como observación, se hace notar que el COA en su art. 115 hace alusión a la acción de lesividad en los siguientes términos:

“Art. 115.- Procedencia. Con la finalidad de proponer la acción de lesividad ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo competente, las máximas autoridades de las respectivas administraciones públicas, previamente deberán, de oficio o a petición de parte, declarar lesivos para el interés público los actos administrativos

143 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 97.

144 Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 217, numeral 11.

145 Código Orgánico General de Procesos. Art. 326, numeral 3.

que generen derechos para la persona a la que el acto administrativo provoque efectos individuales de manera directa, que sean legítimos o que contengan vicios convalidables.

La declaración judicial de lesividad, previa a la revocatoria, tiene por objeto precautar el interés general. Es impugnabile únicamente en lo que respecta a los mecanismos de reparación decididos en ella.”¹⁴⁶

A efecto de facilitar la comprensión de la figura objeto de análisis, transcribo un extracto de la Resolución Nro. 052-2015 dentro del Juicio Nro. 353-2010 expedida por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 5 con sede en la ciudad de Loja:

“El municipio del cantón Celica, provincia de Loja, propone una acción de lesividad respecto a los nombramientos otorgados por la administración anterior a los señores José Marcelo Jimbo Jumbo y Mercy del Carmen Ludeña, porque considera que no fueron otorgados conforme a Derecho, esto es sin concurso de merecimientos, y además señala que son lesivos para el interés público. El Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo considera que era obligación de la entidad demandante demostrar que el acto administrativo era lesivo para la administración pública y no solamente “expresar que se ha violentado las normas constitucionales”, por lo que rechaza la demanda. De esta sentencia se interpone recurso de casación, en fallo de mayoría la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia acepta el recurso, casa la sentencia y declara la nulidad de la acción de personal expedida a favor de la señora Mercy del Carmen Ludeña Quezada.”¹⁴⁷

Hay que observar entonces que la administración recurre a esta figura para anular aquellos actos que fueron dictados por ésta, por contrariar gravemente intereses públicos; uno de los criterios complementarios

¹⁴⁶ Código Orgánico Administrativo. Art. 115.

¹⁴⁷ Resolución Nro. 052-2015, Juicio Nro. 353-2010. Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho, p. 60 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 5 con sede en la ciudad de Loja.

que coincide con la ratio decidendi¹⁴⁸ expuestos por los juzgadores en el ejemplo antes citado refiere:

“la declaración administrativa de lesividad constituye un presupuesto esencial para instaurar un proceso judicial ulterior, implica que la administración reconoce que un acto suyo anterior es lesivo de sus intereses por ilegítimo. En el presente caso, el interés público se vio afectado en virtud de que la expedición del nombramiento referido se realizó si observancia de lo dispuesto en la Constitución y la Ley.”

Para el efecto de efectuar la declaratoria de lesividad por parte del órgano o autoridad de la administración pública, se atenderá lo que regula el Código Orgánico Administrativo en su art. 116, siendo que la declaratoria se efectuará dentro de los tres años a partir de la notificación del acto administrativo; mientras que para presentar la acción de lesividad en sede judicial se observará el término dispuesto en el 306 del COGEP:

*“Artículo 306.- Oportunidad para presentar la demanda. Para el ejercicio de las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas se observará lo siguiente: (...) 4. La acción de lesividad podrá interponerse en el término de noventa días a partir del día siguiente a la fecha de la declaratoria de lesividad.”*¹⁴⁹

148 Resolución Nro. 052-2015, Juicio Nro. 353-2010. Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho, p. 61 Ratio Decidendi (razón de la decisión) *“Deben considerarse como nulos de pleno derecho los actos administrativos que contradicen de forma directa, los derechos consagrados en la Constitución. La acción de lesividad cabe siempre que los derechos subjetivos generados por el acto administrativo tengan un origen lícito en virtud del mismo acto, pero de no ser así la acción que la Administración puede intentar no es la de lesividad sino directamente la de legitimidad cuando el acto administrativo es frontal y directamente contrario a la constitución.”*

149 Código Orgánico General de Procesos. Art. 306.

Capítulo III

LAS ACCIONES ESPECIALES

El juez del siglo XXI no deberá limitarse a declarar la nulidad del acto administrativo, sino que deberá hacer prevalecer en sus sentencias los derechos fundamentales, y el Estado debe ofrecer los mecanismos para que los tribunales hagan efectivo el derecho. (Gustavo Penagos)

3.1. La acción por silencio administrativo.- El antecedente del derecho de petición

La institución del silencio administrativo en el Ecuador en el contexto procedimental no ha tenido un desarrollo prolijo, sin regulación precisa del trámite administrativo previo y del judicial posterior para hacer efectivo su reconocimiento; la insuficiencia normativa ha imposibilitado un ejercicio pleno en condiciones que garanticen seguridad jurídica para el administrado en su convicción de ser atendido en su petición o reclamo.

El silencio administrativo tiene vínculo directo con el derecho de petición reconocido en el número 23 del art. 66 de la Constitución de la República del Ecuador, ubicado dentro de la categoría de los derechos de libertad:

“Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo (...).”¹⁵⁰

El derecho de petición como un derecho de libertad tiene el carácter de fundamental, y de acuerdo a la doctrina constitucional son derechos fundamentales “*todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.*”¹⁵¹

150 Constitución de la República del Ecuador Art. 66, numeral 23.

151 FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías, la Ley del más débil, Madrid, Trotta. 1999. p. 37.

El tratadista León Duguit define el derecho de petición como:

*“el derecho que pertenece al individuo de dirigir a los órganos o agentes públicos un escrito en el que expone opiniones demandas o quejas, el Derecho de petición es una forma de libertad de opinión.”*¹⁵²

Por otra parte José García Falconí, realiza un interesante análisis respecto del derecho de petición al mencionar que éste:

*“se ha constituido en fundamento de protección y de garantía para los administrados, quienes a través de dicho mecanismo, pueden exigir el cumplimiento de los deberes del Estado, solicitar protección para sus derechos, pero hay que señalar que si bien la Constitución de la República garantiza este derecho, no debe confundirse con el contenido de lo que se pide, ni con la respuesta de la administración, que son dos cosas completamente diferentes, debiendo anotar que el derecho de petición, no de ninguna manera es una prerrogativa que implica una decisión favorable de la administración, de tal manera que no debe entenderse conculcado este derecho, cuando la autoridad responde oportunamente al peticionario, aunque la respuesta sea negativa; pero se vulnera este derecho de petición, si bien la respuesta es tardía o no hay respuesta”*¹⁵³

El derecho de petición como prerrogativa ciudadana no puede ser accionado arbitrariamente, la petición o el pedido del administrado debe circunscribirse a razones jurídicamente pertinentes, no habrá cabida a su reconocimiento al pretender que a través del derecho de petición se consideren como válidas situaciones jurídicas contrarias al orden legal.

La petición que se dirige al órgano de la administración debe contener en esencia una pretensión que conmine en forma expresa a la contestación o absolución de lo requerido, tal como lo precisa Lucrecio Rebollo Delgado en su obra “El Derecho de Petición” (pág. 91).

152 DUGUIT, León. Traducido por Acuña José G, “Manual de Derecho Constitucional”, Segunda Edición. (Madrid-España: Editorial Librería Española y Extranjera Príncipe 16, 1926) p. 241.

153 GARCÍA FALCONÍ, José. El Derecho Constitucional de Petición. Revista Judicial derechoecuador.com.

“la petición no puede ser únicamente elevar un comentario a la autoridad pública. El núcleo del derecho viene constituido por el petitum. Si el ciudadano únicamente pone en conocimiento un hecho, o expresa una opinión personal, no surge la obligación jurídica del destinatario de contestar, y tampoco de reparar. La petición es una forma de activar el poder público, de ponerlo en funcionamiento, y para ello la petición debe reclamar de forma expresa una actuación de aquél.

3.2. Consideraciones doctrinarias sobre el silencio administrativo

Necesariamente recurrimos a la doctrina para identificar características y requisitos elementales que deben operar para la procedencia del silencio administrativo, una institución que en el ejercicio práctico del procedimiento y del proceso contencioso administrativo en nuestro país, no ha generado mayor incidencia como una garantía para el administrado, en razón del mismo desconocimiento de su naturaleza por parte de los particulares y de los servidores públicos, lo cual ha derivado en acciones frustradas que han buscado por la vía del silencio administrativo, satisfacer pretensiones improcedentes.

“El silencio administrativo puede definirse como una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud del cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos exigidos por la ley. El silencio debe entenderse, siempre, como un complemento de la obligación de resolver.”¹⁵⁴

Se han unificado criterios en torno a que el silencio administrativo no tiene el carácter de un acto administrativo propiamente, por la ausencia de respuesta expresa por parte de la autoridad administrativa; *“el silencio administrativo es un hecho jurídico; un hecho al cual el Derecho concede consecuencias jurídicas”¹⁵⁵*; estos efectos jurídicos pueden ser el reconocimiento o la

154 SOTELO DE ANDREU, Mirta G., “El silencio de la Administración,” en AA.VV., Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, RAP, Buenos Aires, 1998, p. 49.

155 GARRIDO FALLA, Fernando. La Llamada Doctrina del Silencio Administrativo. p. 86.

denegación de lo solicitado por el peticionario, de lo que se infiere que el silencio tiene una doble interpretación, positivo y negativo.

Importante en este sentido, es lo que expone la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia en la Resolución No. 252-2012:

“(...) CUARTO.- 4.1.- La doctrina, en su gran mayoría, se alinea en el sentido que el silencio administrativo no es un acto administrativo, pues precisamente no cumple con ninguno de los requisitos que él requiere, careciendo en primer término del elemento esencial que es la voluntad de producir derechos u obligaciones, el silencio administrativo corresponde a una omisión, a una inacción, por tanto, no puede reflejarse en aquello esa intención. El acto administrativo se estudia como un acto jurídico, en el cual es elemento esencial una declaración dirigida a producir determinados efectos jurídicos, por el contrario, el silencio administrativo se produce cuando la Administración se abstiene de expresar una declaración, de tal modo que demuestre ante el administrado un comportamiento ambiguo, vago y equívoco del cual no puede inferirse ni interpretarse expresión volitiva alguna. Como tal, el silencio administrativo no constituye un acto administrativo, sino que se trata de un hecho jurídico, un hecho al cual el derecho puede otorgar consecuencias jurídicas. (Benalcázar Guerrón, Juan Carlos, Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, Jurisprudencia, Dogmática y Doctrina, Fundación Andrade & Asociados, Quito, 2007, pág. 231)(...)”¹⁵⁶.

Continuando con el análisis conceptual del silencio administrativo positivo, que es el que se encuentra reconocido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico, el tratadista José Araujo Juárez refiere:

“El silencio administrativo positivo consiste, esencialmente, en interpretar, por ministerio de la Ley, que la pretensión interpuesta ante la Administración Pública se resuelve

¹⁵⁶ Corte Nacional de Justicia. Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución No. 252-2012, Recurso de Casación No. 01-2010, 29 de agosto del 2012.

favorablemente por haber transcurrido el plazo legal para la decisión administrativa del caso. El silencio positivo opera, en principio, sólo con las peticiones administrativas.

En tal sentido, la doctrina señala los siguientes requisitos:

- i) *Que una disposición legal expresa lo establezca, sin que valgan interpretaciones por vía analógica o extensiva. Sin embargo, la jurisprudencia luego de haber procedido a la aplicación supletoria de normas que consagran el silencio administrativo positivo en materia urbanística, procedió más tarde a una rectificación del criterio;*
- ii) *Que se trate de autorizaciones o aprobaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones de policía administrativa que han sido impuestas a los derechos de particulares. A este respecto se observa que el mérito de García De Enterria es el haber señalado que el silencio positivo supone, en realidad, el no ejercicio de una facultad de veto de la Administración Pública. De no pronunciarse, se estima que renuncia a tal facultad, y las posibilidades de los derechos previamente poseídos pueden ejercitarse por su titular.”¹⁵⁷*

A continuación se transcribe el resumen de un caso práctico de silencio administrativo positivo tomado de la Resolución No. 0456-2014 dentro del Juicio No. 0439-2010, así como un extracto del fallo antes referido en el que podemos inferir en forma precisa los requisitos que deben cumplirse para que opere el silencio administrativo positivo:

“La Segunda Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo, en sentencia, inadmitió la demanda interpuesta por los señores Ernestina Rosalía, Arutam Cristóbal y José Salvador Akintina Chup, en contra de la Policía Nacional, mediante la cual solicitaron, en virtud de haber operado el silencio administrativo positivo a su favor, el pago de indemnización por responsabilidad del Estado en la muerte de su padre. La decisión fue tomada considerando que no se cumplieron los requisitos para que opere el silencio administrativo positivo, que no se citó al Procurador General

157 ARAUJO-JUÁREZ, José (2008). Derecho Administrativo, Parte General. Caracas. Venezuela. Ediciones Paredes.

del Estado (lo cual habría generado nulidad). Inconformes con la decisión, los actores, interpusieron recurso de casación. La Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en sentencia de mayoría, resolvió no casar la sentencia, por considerar que la solicitud de los actores no podía ser aceptada vía silencio administrativo positivo.

TERCERO: (...) **3.2.1.** (...) *La jurisprudencia ha considerado al silencio administrativo positivo como un derecho autónomo; y para que opere, conforme también lo ha señalado en forma reiterada la Sala, es menester que se cumplan al menos los siguientes requisitos: **a)** que la solicitud se haya dirigido a autoridad competente para aceptar o negar lo pedido; **b)** que exista la certificación que indique el tiempo transcurrido desde que se petitionó sin recibir respuesta; y, **c)** que lo solicitado, de ser aceptado, no esté afectado de nulidad absoluta o sea contrario a derecho (...).*¹⁵⁸

Hay que decir que en la práctica se configuró una especie de restricción para que se acepte tácitamente lo peticionado, por la dificultad de obtener la certificación del funcionario que indique el vencimiento del término y la ausencia de respuesta, podemos decir que actualmente con el COA se ha superado este obstáculo, al no ser necesaria la certificación del funcionario, ya que la declaración con juramento del peticionario, de que no ha sido notificado con la respuesta institucional dentro del término de ley previsto, es suficiente como título de ejecución para que se reconozca el acto administrativo presunto.

3.3. Reconocimiento jurídico del silencio administrativo en el Ecuador

En nuestro ordenamiento jurídico la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada (actualmente derogada), desde 1993 incorporó en su art. 28 las

¹⁵⁸ Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución No. 0456-2014 dentro del Juicio No. 0439-2010. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014 pp. 178, 179, 180.

circunstancias y presupuestos que deben concurrir para que se configure el silencio administrativo a partir del ejercicio del derecho de petición; la norma en mención refiere:

*“Art. 28.- DERECHO DE PETICIÓN.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan. En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal, sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes. La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento.”*¹⁵⁹

La operativización de la disposición que antecede debemos decirlo no fue efectiva en términos de reconocer y tutelar derechos del

159 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por la Iniciativa Privada Art. 28

administrado, en algunos casos los entes de la administración pública han abuzado de sus facultades discrecionales, evadiendo proporcionar al administrado lo que éste ha solicitado o tramitado, así también se ha observado casos de omisión y negligencia del funcionario público que ha incurrido en el error de no atender el derecho de petición u otros en los que el mismo peticionario desconoce el procedimiento del reclamo.

El reconocimiento del derecho de petición y por consiguiente la configuración del silencio de la administración ha estado subordinada a la concurrencia de algunos requisitos para que en lo posterior puedan servir como antecedente para demandar ante el Tribunal Contencioso Administrativo el reconocimiento del acto administrativo presunto;

Sobre este particular se cita el siguiente extracto jurisprudencial:

“Por lo que es incontrovertible, y así lo señala la doctrina y la jurisprudencia universales, y siendo evidente y de indiscutible trascendencia en nuestro derecho la consagración del efecto positivo del silencio administrativo por el Art. 28 de la ley de Modernización del Estado, que el silencio administrativo durante el lapso señalado por la ley, cuando ésta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa(...).¹⁶⁰

Hay que referir que en cuanto al tiempo (plazo o término) de contestación al pedido o reclamo del administrado por parte de la administración, también se generó durante mucho tiempo confusión en razón de la dispersión de normas administrativas que atendiendo la materia, fijaron en forma expresa tiempos de respuesta distintos al establecido en la Ley de

¹⁶⁰ Quito, D. M., 2 de marzo de 2016 Sentencia No. 067-16-SEP-CC Caso No. 1299-14-EP Corte Constitucional del Ecuador.

Modernización del Estado, como sucede con el Código Tributario¹⁶¹ que establece 120 días como plazo para resolver el reclamo tributario o en el caso del reclamo aduanero en cuyo caso la Ley Orgánica de Aduanas¹⁶² indica que se resolverá en el término de 20 días.

Como consecuencia de la evolución normativa y por la importancia que reviste el tema, no podemos dejar de advertir los cambios que se han producido en cuanto a la configuración del silencio administrativo de acuerdo a la nueva regulación insertada en el Código Orgánico Administrativo (COA).

El art. 207 del Código Orgánico Administrativo en referencia al silencio administrativo dice:

“Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.

Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código.

161 Código Tributario. “Art. 104.- Aceptación tácita.- La falta de resolución por la autoridad tributaria, en el plazo fijado en el artículo 132, se considerará como aceptación tácita de la reclamación respectiva, y facultará al interesado para el ejercicio de la acción que corresponda. El funcionario responsable será sancionado conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. Art. 132.- Plazo para resolver.- Las resoluciones se expedirán en el plazo de 120 días hábiles, contados desde el día hábil siguiente al de la presentación del reclamo, o al de la aclaración o ampliación que disponga la autoridad administrativa. Se exceptúan de esta norma los siguientes casos: 1. Los previstos en el artículo 127, en los que el plazo correrá desde el día hábil siguiente al de la recepción de los datos o informes solicitados por el reclamante, o del que se decida prescindir de ellos; 2. Los que se mencionan en los artículos 129 y 131 en que se contará desde el día hábil siguiente al vencimiento de los plazos allí determinados; y, 3. Las reclamaciones aduaneras, en las que la resolución se expedirá en 30 días hábiles por el Gerente Distrital de Aduana respectivo.

162 Ley Orgánica de Aduanas “Art. 77.- Resolución.- El Gerente ante el cual se presentó el reclamo, resolverá las reclamaciones en el término de veinte días hábiles, contados desde el día siguiente al de la presentación de la petición, término al que se añadirá el que se haya concedido para la presentación de pruebas, el mismo que no excederá de diez días. La resolución pone fin a la fase administrativa, sin perjuicio de los recursos de reposición y de revisión, así como de la acción contenciosa a que hubiere lugar. La falta de resolución dentro del plazo previsto en el inciso primero de este artículo causará la aceptación tácita del reclamo.”

El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.

No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios invaliables, esto es, aquellos que incurren en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud.”¹⁶³

Nótese en la disposición que antecede que cambia el término para responder el reclamo, solicitud o pedido, de 15 días que establecía la Ley de Modernización en su art. 28, a 30 días que refiere el COA; se observa con la nueva normativa que se libra al petionario de obtener la certificación del funcionario público de indicación del vencimiento del término, siendo suficiente de acuerdo al COA, la declaración juramentada de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto.

Continuando con la revisión de la base constitucional y legal que regula el reconocimiento del silencio administrativo y su ejercicio en sede judicial, la Constitución de la República en el inciso segundo del número 9 del art. 11 señala la obligación de reparar perjuicios ocasionados por las acciones u omisiones de sus funcionarios:

“El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias o funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos. (...).”¹⁶⁴

163 Código Orgánico Administrativo. Art. 207.

164 Constitución de la República del Ecuador Art. 11, numeral 9, inciso segundo.

En concordancia con la Carta Magna, el Código Orgánico de la Función Judicial en referencia a las competencias del Contencioso Administrativo en el Art. 217 en su numeral 8 refiere:

*“Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”*¹⁶⁵

Es necesario mencionar que el Código Orgánico Administrativo, con sus disposiciones generales, transitorias, reformatorias y derogatorias genera algunas novedades en los procedimientos y trámites regulados en algunos cuerpos normativos;

Respecto del silencio administrativo precisamente la disposición reformatoria primera del COA en su numeral 3, sustituye en el COGEP el numeral 4 del art. 326, observándose que con la reforma la acción por silencio administrativo ya no figura dentro de las acciones especiales; sin embargo el numeral 5 de la misma disposición reformatoria primera refiere:

“5 A continuación del artículo 370 incorporase el siguiente artículo: “Artículo 370 A.- Ejecución por silencio administrativo.

Si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes.

*Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.”*¹⁶⁶

165 Código Orgánico de la Función Judicial Art. 217, numeral 8.

166 Código Orgánico Administrativo. Disposición Reformativa Primera Numerales 3 y 5.

3.4. La acción de pago por consignación

Corresponde en este apartado tratar lo correspondiente a la acción de pago por consignación; en su acepción lingüística consignar significa: *“señalar, destinar el rédito o producto de una heredad o efecto, para el pago de una cantidad o renta. | Enviar mercaderías a un corresponsal. | Depositar judicialmente el precio de una cosa o cualquiera cantidad. | Dar por escrito un dictamen, voto u opinión. | Especificar la pagaduría correspondiente a obligaciones determinadas. | Designar un lugar para colocar en él alguna cosa. | Depositar.”*¹⁶⁷

En primer término es preciso identificar desde una perspectiva general los caracteres y elementos del pago por consignación desde la óptica doctrinaria, para lo cual expongo a continuación algunas referencias en torno a la figura que se analiza:

El tratadista Ferrero Costa considera que:

*“el pago por consignación, permite al deudor liberarse del vínculo obligatorio, poniendo el objeto de la prestación ante la autoridad judicial, ya sea en los casos que el acreedor se niegue a recibir el pago o por cualquier circunstancia que el deudor no pudo hacer el pago.”*¹⁶⁸

Ceferino Bustos Valdivia respecto de la figura que se analiza manifiesta:

“la consignación es el medio coactivo que dispone el deudor frente al acreedor, para satisfacer su interés en el cumplimiento de una obligación. El mecanismo para liberarse

167 OSSORIO, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica. Además refiere *“que Capítant recoge los siguientes significados: depósito de sumas de dinero o valores que hace el deudor en una caja pública cuando su acreedor no puede o no quiere recibirlas. | Depósito de una mercadería en poder de un comisionista, que se encarga de venderla. | Entrega de sumas o valores en una caja pública, para garantizar obligaciones asumidas por un particular frente al Estado o a un organismo público, en virtud de una disposición legal o de un contrato. Según ese mismo autor, la primera de esas acepciones corresponde al Derecho Civil y al Procesal Civil; la segunda, al Derecho Comercial, y la tercera, al Derecho Administrativo.”*

168 FERRERO COSTA, Raúl. Curso Derecho de las Obligaciones. GRIJLEY. 2004. p. 201.

de la deuda, de su condición de deudor, cuando el acreedor no coopere, se niegue o sea imposible hacer efectiva la prestación.”¹⁶⁹

Guillermo Ospina opina que:

“Pago por consignación es cuando el acreedor no comparece o se niega injustamente a recibirlo, y consiste en la consignación que el deudor o quien esté autorizado para pagar por él, hace de la cosa debida en manos de un depositario designado por el juez.”¹⁷⁰

Por su parte Lino Rodríguez Arias propone la siguiente definición:

“La consignación viene siendo tratada como un depósito especial que se hace a disposición de la autoridad judicial y a favor de un tercero. A pesar de la íntima conexión que tiene este Instituto con el ofrecimiento de pago, la consignación tiene un valor jurídico propio e independiente, siendo un negocio jurídico de depósito.”¹⁷¹

A partir de los conceptos que anteceden se puede inferir algunas peculiaridades del pago por consignación, se trata de un acto liberador de la deuda, ante las eventualidades que pudieron haber surgido para el no pago; se consigna el valor ante un tercero que es la autoridad judicial o un delegado de éste, por la negativa del acreedor de recibir directamente dicho pago.

En nuestro ordenamiento jurídico se ha normado lo atinente al pago por consignación en el Código Civil en los siguientes artículos:

“Art. 1614.- Para que el pago sea válido, no es menester que se haga con el consentimiento del acreedor; el pago es válido aún contra la voluntad del acreedor, mediante la consignación.

169 BUSTOS VALDIVIA, Ceferino. El Pago por Consignación Aspectos doctrinales y jurisprudenciales p. 152.

170 Ospina, Guillermo: “Régimen General de las Obligaciones”, Octava Edición, Bogotá-Colombia 2005, TEMIS S.A, p. 380.

171 Rodríguez Arias - Bustamante, Lino. p. 452.

Art. 1615.- Consignación es el depósito de la cosa que se debe, hecho a virtud de la repugnancia o no comparecencia del acreedor a recibirla, y con las formalidades necesarias, en manos de una tercera persona.

Art. 1616.- La consignación debe ser precedida de oferta; y para que ésta sea válida, reunirá las circunstancias que siguen:

- 1. Que sea hecha por una persona capaz de pagar;*
- 2. Que sea hecha al acreedor, siendo éste capaz de recibir el pago, o a su legítimo representante;*
- 3. Que si la obligación es a plazo o bajo condición suspensiva, haya expirado el plazo o se haya cumplido la condición;*
- 4. Que se ofrezca ejecutar el pago en el lugar debido; y,*
- 5. Que el deudor ponga en manos del juez una minuta de lo que debe, con los intereses vencidos, si los hubiere, y los demás cargos líquidos, comprendiendo en ella una descripción individual de la cosa ofrecida.”¹⁷²*

El Código Civil establece reglas y condiciones para que el pago por consignación se realice en forma eficaz, concuerda la norma con la doctrina en cuanto a que el pago puede hacérselo sin voluntad del acreedor; la norma hace alusión al depósito de la cosa que se debe, lo cual presupone que no necesariamente el pago deba realizárselo en moneda de curso legal; se indica además que previo a consignar se debe hacer la oferta, entiéndase “*la promesa que se hace de dar, cumplir o ejecutar una cosa.*” Conforme a la definición que presenta Manuel Ossorio en su Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales.

Lo revisado hasta ahora tiene relación directa con el pago por consignación en materia civil; que bien interesa en tanto nos permite inferir las singularidades de la figura desde su conceptualización.

172 Código Civil Codificación 10. Registro Oficial Suplemento 46 de 24-jun.-2005.

Ahora bien, en el Art. 326 del Código Orgánico General de Procesos se incluye como una acción contencioso administrativa de carácter especial la de pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República, la norma referida dice:

“Art. 326, número 4, literal b) como una acción especial: “b) El pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República.”¹⁷³

Inicialmente se observa que el art. 326 hace alusión a dos calidades, al consignador que es quien consigna el valor por concepto de deuda, quien hace el depósito generado por aquella obligación que se ha hecho exigible; y al consignatario que es la persona natural o jurídica en favor de la cual se hace la consignación;

Hay que atender que la calidad de consignatario la ha tenido el órgano o entidad de la administración pública, por ejemplo en tratándose de asuntos litigiosos en los que el administrado ha recurrido a consignar el valor de la deuda con el fin de que se suspenda la ejecución del procedimiento coactivo en los términos que fija el art. 317 del COGEP:

“Art. 317.- Suspensión de la ejecución coactiva. Para que el trámite de las excepciones suspenda la ejecución coactiva, será necesaria la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas, aun en el caso de que dichas excepciones propuestas versaren sobre falsificación de documentos o sobre prescripción de la acción.

Si el deudor no acompaña a su escrito de excepciones la prueba de consignación, no se suspenderá el procedimiento coactivo y el procedimiento de excepciones seguirá de esa forma.

La consignación no significa pago.

173 Código Orgánico General de Procesos. Art. 26.

Si el procedimiento que se discuten las excepciones, se suspendieren por treinta días o el actor no presenta ningún escrito o petición durante ese término, antes de la sentencia, de primera o segunda instancia, de los tribunales contencioso administrativo o de casación, el procedimiento terminará a favor de la institución acreedora.”¹⁷⁴

Actuando en este caso el órgano del sector público como consignatario, son aplicables las reglas que el COGEP señala para iniciar el procedimiento de excepciones¹⁷⁵ a la coactiva, como lo que se dispone en su art. 315 en concordancia con el art. 317 antes citado:

“Art. 315.- Procedimiento de excepciones a la coactiva. El procedimiento ordinario será aplicable a todos los procesos de conocimiento en los que se propongan excepciones a la coactiva.

Para el caso de excepciones a la coactiva, la o el juzgador calificará la demanda en el término previsto para el procedimiento ordinario, citará al funcionario ejecutor a fin de que suspenda el procedimiento de ejecución y convocará en dicha calificación a audiencia conforme con las reglas generales de este Código.”¹⁷⁶

174 Código Orgánico General de Procesos. Art. 317.

175 Código Orgánico General de Procesos. “Art. 316.- Excepciones a la coactiva. Al procedimiento coactivo solo se podrán oponer las siguientes excepciones: 1. Inexistencia de la obligación, falta de ley que establezca el tributo o exención legal. 2. Extinción total o parcial de la obligación sea por solución o pago, compensación, confusión, remisión o prescripción de la acción de cobro. 3. Incompetencia del funcionario ejecutor. 4. Ilegitimidad de personería de la o del coactivado o de quien haya sido citado como su representante. 5. El hecho de no ser deudor directo ni responsable de la obligación exigida. 6. Encontrarse pendiente de resolución, un reclamo o recurso administrativo u observaciones formuladas respecto al título o al derecho para su emisión. 7. Hallarse en trámite la petición de facilidades para el pago o no estar vencido ninguno de los plazos concedidos, ni en mora de alguno de los dividendos correspondientes. 8. Haberse presentado demanda contencioso tributaria por impugnación de resolución administrativa, antecedente del título o títulos que se ejecutan. 9. Duplicación de títulos con respecto a una misma obligación y de una misma persona. 10. Nulidad del auto de pago o del procedimiento de ejecución por falsificación del título de crédito, por quebrantamiento de las normas que rigen su emisión o falta de requisitos legales que afecten la validez del título o del procedimiento. No podrán oponerse las excepciones primera, segunda, cuarta, quinta y novena, cuando los hechos que las fundamenten hayan sido discutidos y resueltos ante la jurisdicción contenciosa. De las resoluciones sobre las excepciones señaladas en este artículo se podrá interponer recurso de casación conforme con las normas de este Código.

176 Código Orgánico General de Procesos. Art. 315.

Queda claro que el trámite de excepciones se sustancia en procedimiento ordinario en correspondencia con la competencia atribuida a los Jueces del Tribunal de lo Contencioso Administrativo en el numeral 10 del art. 2017 del Código Orgánico de la Función Judicial en relación a conocer los juicios de excepciones a la coactiva en materia no tributaria, y las impugnaciones al auto de calificación de posturas; así como también las acciones de nulidad del remate, los reclamos de terceros perjudicados y tercerías.

Sin embargo la calidad de consignador que se le atribuye al sector público o los casos en el que éste puede asumir esta condición, no se precisan en la norma que se analiza, ni en la exposición de motivos del COGEP se ha podido verificar en qué circunstancias podría la administración consignar valores ni en favor de quienes.

“En materia contencioso administrativa, los administrados pueden utilizar esta modalidad de pago y satisfacer sus acreencias ante los organismos de la administración pública. A nuestro criterio no sería muy frecuente que la administración pública consigne pagos, pero en todo caso los problemas que podrían derivarse deberán ser resueltos a través de los procedimientos contenciosos administrativos.”¹⁷⁷

Efectivamente con el desarrollo jurisprudencial desde la vigencia del COGEP hasta la presente fecha, se han conocido algunos escenarios en los que el sector público ha comparecido como actor en calidad de consignador, con la pretensión de que el Tribunal disponga un pago en favor de otros.

Es el caso de los GAD Municipales que comparecen como actores presentando una acción de pago por consignación, con la pretensión de que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo autorice el pago y ejecute la entrega del dinero por concepto del precio fijado por la expropiación de propiedades a favor de quienes fueron dueños de un inmueble.

177 VICUÑA DOMÍNGUEZ, Lorena. El Nuevo Procedimiento Contencioso Administrativo. p. 57.

Al no determinarse en forma expresa en el COGEP, ni el plazo o el término para interponer la acción de pago por consignación, habrá que observar el numeral 7 del Art. 306 que menciona que en el caso de las demás acciones que sean de competencia de las o los juzgadores, el término o plazo será el determinado en la ley de acuerdo con la naturaleza de la pretensión.

Atendiendo lo previsto en el art. 327 del COGEP, la acción de pago por consignación se sustanciará en trámite sumario, antes conocido como verbal sumario; de acuerdo a las reglas dispuestas en el art. 333 (numeral 4) del mismo código sobre el procedimiento para sustanciar el trámite sumario, éste se desarrollará en audiencia única, con dos fases, la primera de saneamiento, fijación de los puntos en debate y conciliación y la segunda, de prueba y alegatos. Esta audiencia se realizará en el término máximo de treinta días a partir de la contestación a la demanda.

3.5. La acción por responsabilidad objetiva del estado.- Descripción previa

La acción por responsabilidad objetiva del estado se encuentra reconocida como una acción de carácter especial conforme lo preceptúa el Código Orgánico General de Procesos en su art. 326, literal c): *“Artículo 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo.- Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: (...) 4. Las especiales de: (...) c) La responsabilidad objetiva del Estado.”*;

Se trata de un mecanismo de tutela de los derechos, tiene carácter indemnizatorio, reparador del daño, cuando el perjuicio ha sido ocasionado como consecuencia de acciones u omisiones que han derivado en la prestación deficiente de un servicio público.

El desarrollo jurídico y doctrinario de la teoría de la responsabilidad extracontractual del estado ha merecido un permanente debate histórico acerca de su identidad y en perspectiva de determinar su configuración a partir de la identificación de sus elementos subjetivos y objetivos, los procesos reformativos a la luz del desarrollo filosófico afianzados en el

carácter dialéctico del derecho, han permitido ir consolidando la naturaleza de la institución objeto de análisis;

En este contexto, el Doctor Carlos Ramírez Romero, Presidente de la Corte Nacional de Justicia, sintetiza la evolución del concepto de la responsabilidad extracontractual¹⁷⁸ y su positivización en nuestro régimen constitucional:

“Esta tesis inicial de responsabilidad extracontractual centrada en la culpa del agente ha sido muy importante a lo largo de los siglos y particularmente después de la expedición del código civil francés y sus herederos a lo largo de Europa y América; pero ha generado también importantes contestaciones en cuanto al elemento de la culpa y también respecto de la necesaria antijuridicidad de la conducta como elementos esenciales de la responsabilidad, al punto de que poco a poco la prueba de la culpa ha dejado de ser el elemento central de los procesos en los que se debate la responsabilidad extracontractual, hasta llegar a un régimen de responsabilidad objetiva donde la culpa no tiene ninguna participación. En el caso ecuatoriano este tránsito entre estas dos concepciones de responsabilidad del Estado se materializó con la promulgación de la Constitución de 1998, la cual en su artículo 20 determinaba que: “Las instituciones del Estado, sus delegatarios y concesionarios, estarán obligados a indemnizar a los particulares por los perjuicios que les irroguen como consecuencia de la prestación deficiente de los servicios públicos o de los actos de sus funcionarios y empleados, en el desempeño de sus cargos”, disposición que en los sustancial fue reproducida con leves cambios por la actual constitución en su artículo 11.9 inciso 2, y que ha sido desarrollada extensamente en el caso particular de la responsabilidad por daños ambientales definida por el artículo 396 de la misma Constitución, que determina que “la responsabilidad ambiental es objetiva y que en tal virtud todo daño

178 Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Causa No. 246-2012 24 de agosto del 2012. “Al respecto, la responsabilidad extracontractual del Estado surge cuando el daño o perjuicio causado no tiene su origen en una relación contractual, sino en cualquier otro tipo de actividad. La responsabilidad extracontractual, se le ha definido como “aquella que existe cuando una persona causa, ya por sí misma, ya por medio de otra de la que responde, ya por una cosa de su propiedad o de que se sirve, un daño a otra persona, respecto de la cual no estaba ligada por un vínculo obligatorio anterior relacionado con el daño producido”.

al ambiente implica la obligación de restaurar íntegramente los ecosistemas e indemnizar a las personas y comunidades afectadas.”¹⁷⁹

Concomitantemente con lo referenciado en líneas anteriores, nuestra normativa constitucional ha evolucionado en el reconocimiento de la responsabilidad objetiva, diferenciando con precisión los elementos constitutivos que le distinguen de la responsabilidad subjetiva de tipo civil, lo cual ha sido sustentado por la jurisprudencia nacional¹⁸⁰ que asertivamente ha sentado importantes lineamientos para tratar las controversias encausadas por esta vía.

En virtud de poder aclarar algunas connotaciones sobre esta institución que indudablemente reviste complejidad en su tratamiento dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, se citan importantes referencias que permiten la comprensión del objeto del referido instituto;

Ernesto López Freire menciona:

“La responsabilidad entraña la obligación de responder de todo perjuicio que se cause y que sufra una persona sin tener obligación legal para ello, siempre y cuando el daño provenga del ejercicio de la función pública o del concesionario o delegatario de un servicio público.”¹⁸¹

179 RAMÍREZ ROMERO, Carlos M. Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Boletín Institucional No. 25 3 Septiembre - octubre 2016 (Presentación).

180 *La jurisprudencia nacional ha contribuido con criterios importantes que nos ilustran respecto de que la responsabilidad objetiva o falla del servicio público, consiste en que se produce un daño, debido a que una persona pública no ha actuado cuando debía hacerlo, ha actuado mal o ha actuado tardíamente, no entra a consideración el concepto de culpa de un agente identificado, típico de la responsabilidad subjetiva de carácter civil, porque la falla puede ser orgánica, funcional o anónima. Concluye que la responsabilidad objetiva se basa en una culpa especial, que no corresponde al concepto psicológico tradicional, que es solo posible hallarla en personas naturales, sino que se trata de una culpa objetiva, anónima, o culpa objetivizada, calificada por sus manifestaciones exteriores. Distingue que los conceptos de culpa y de responsabilidad objetiva son considerados tradicionalmente como opuestos, porque la culpa solo da lugar a la responsabilidad subjetiva.* MONTAÑO, María Augusta. La Culpa Presunta. Aportes al Derecho. Boletín Institucional Corte Nacional de Justicia No.25 3 Septiembre - Octubre 2016 p. 7.

181 LÓPEZ FREIRE Ernesto. La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador. Ed Legales, 2003.

Para Luis Abarca Galeas:

*“La responsabilidad objetiva constituye una garantía constitucional porque se la impone como una obligación jurídica Constitucional a quienes tiene bajo su dependencia las personas que violaron los derechos humanos en el ejercicio de sus atribuciones, sin que tenga trascendencia el aspecto subjetivo de la violación del derecho, por lo que basta la verificación objetiva de la violación para que el daño sea indemnizado.”*¹⁸²

Los dos conceptos nos precisan en qué escenario puede verificarse la existencia de la responsabilidad objetiva, quedando claro que un presupuesto necesario para su procedencia, es el hecho de que el daño se haya perpetrado en ejercicio de la prestación de un servicio público; adicionalmente la doctrina la eleva a un nivel de garantía constitucional, en teoría nuestro ordenamiento legal se ha sintonizado con este concepto, sin embargo de la dificultad de establecer por la vía judicial su reconocimiento.

3.6. La responsabilidad objetiva del Estado y la acción de repetición.- Revisión jurídica y conceptual

La Constitución de la República vigente desde el año 2008 regula y reconoce la responsabilidad objetiva sin las limitaciones en cuanto a su carácter interpretativo que existía hasta antes de su promulgación, en las siguientes disposiciones:

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

(...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares

182 ABARCA GALEAS, Luis Humberto, El Estado Constitucional de derecho y justicia social y sus instituciones tutelares, Quito. Se. 2009.

por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.(...)

Art. 53.- Las empresas, instituciones y organismos que presten servicios públicos deberán incorporar sistemas de medición de satisfacción de las personas usuarias y consumidoras, y poner en práctica sistemas de atención y reparación. El Estado responderá civilmente por los daños y perjuicios causados a las personas por negligencia y descuido en la atención de los servicios públicos que estén a su cargo, y por la carencia de servicios que hayan sido pagados.

Art. 54.- Las personas o entidades que presten servicios públicos o que produzcan o comercialicen bienes de consumo, serán responsables civil y penalmente por la deficiente prestación del servicio, por la calidad defectuosa del producto, o cuando sus condiciones no estén de acuerdo con la publicidad efectuada o con la descripción que incorpore. Las personas serán responsables por la mala práctica en el ejercicio de su profesión, arte u oficio, en especial aquella que ponga en riesgo la integridad o la vida de las personas.

Art. 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.(...)

Art. 172.- Las juezas y jueces administrarán justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley. Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia. Las juezas y jueces serán responsables por el perjuicio que se cause a las partes por retardo, negligencia, denegación de justicia o quebrantamiento de la ley.

*Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos. Las servidoras o servidores públicos y los delegados o representantes a los cuerpos colegiados de las instituciones del Estado, estarán sujetos a las sanciones establecidas por delitos de peculado, cohecho, concusión y enriquecimiento ilícito. La acción para perseguirlos y las penas correspondientes serán imprescriptibles y, en estos casos, los juicios se iniciarán y continuarán incluso en ausencia de las personas acusadas. Estas normas también se aplicarán a quienes participen en estos delitos, aun cuando no tengan las calidades antes señaladas.*¹⁸³

Las disposiciones que anteceden configuran el concepto de reparación objetiva¹⁸⁴ que excluye el elemento de la culpa como presupuesto de la responsabilidad subjetiva, se resalta el carácter garantista de los derechos y su proceso de reparación, se establece expresamente la responsabilidad estatal, la de sus delegatarios, concesionarios y demás personas que actuando en ejercicio de una potestad pública hayan ocasionado daños durante la prestación de un servicio público.

Es determinante en la medida de establecer la responsabilidad objetiva estatal, probar que ha existido el daño, sobre esta figura Henao establece su relevancia de la siguiente forma:

“El daño o lesión es un requisito indispensable para la existencia de responsabilidad, pero cuya sola presencia no convierte de suyo a quien lo sufre en acreedor de una

183 Constitución de la República del Ecuador. Arts. 11 numerales 9, 53, 54, 97, 172, 233.

184 “Por lo tanto el actual modelo constitucional adopta, como se señaló anteriormente, como premisa la responsabilidad objetiva, que es un tipo de responsabilidad civil que se produce con independencia de toda culpa por parte del sujeto responsable. Si la responsabilidad subjetiva se funda exclusivamente en la existencia de culpa por parte de un sujeto, en donde lo que se requiere, para que se aplique la sanción, es que el sujeto haya querido o previsto el resultado de su conducta antijurídica, mientras que en la responsabilidad objetiva o por resultado se da cuando se es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico; por lo tanto, no se requiere que se cumpla con demostrar la existencia de la culpa”. Cordero López, Javier. Aportes al Derecho. Boletín Institucional Corte Nacional de Justicia No. 25 3 Septiembre - Octubre 2016 p. 4.

*indemnización. El daño debe ser probado por quien lo sufre so pena de que no proceda su indemnización...*¹⁸⁵

- ❖ Se cita a continuación el resumen del caso y un extracto jurisprudencial en el que podemos observar el criterio de los juzgadores en relación a los presupuestos necesarios que deben cumplirse para poder exigir la reparación:

RESUMEN DEL CASO:

“El señor Claudio Iván Ordóñez presentó su demanda con el propósito de lograr al resarcimiento de daño moral provocado por la actuación del Director Provincial del Azuay del IESS, quien, dentro de un proceso civil, declaró bajo juramento desconocer su domicilio. El Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Cuenca, en sentencia, declaró sin lugar la demanda, ante lo cual el actor interpuso recurso de casación. Admitido a trámite, la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia rechazó el recurso debido a que no se probó el presunto daño.

EXTRACTO DEL FALLO:

TERCERO 3.4. (...) Entonces, lo que se deberá determinar para llegar a concluir que existe el deber de reparación es la presencia de los tres elementos que la doctrina especializada ha identificado: el daño, el nexo causal y el título de imputación. Es válido afirmar que si falta uno de estos elementos, el deber de reparar nunca se presenta; es decir, que el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado se fundamenta en la verificación de los hechos que quedan señalados, debiendo el juzgador analizar los elementos probatorios que configuren la existencia del daño, del nexo causal entre el que causa el hecho dañino y la víctima, y la imputación jurídica de ese hecho

185 HENAO, Juan Carlos, “El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés”, 1998, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia.

*a su causante; sólo así nacerá la obligación del Estado para reparar íntegramente los perjuicios irrogados al particular (...)*¹⁸⁶

En cuanto a la competencia para conocer y resolver las acciones por responsabilidad objetiva del estado, el número 8 del art. 217 Código Orgánico de la Función Judicial refiere que es una de las atribuciones de las juezas y jueces que integran las Salas de lo Contencioso Administrativo:

*“Conocer y resolver las acciones propuestas contra el Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, en las que se reclame la reparación de las violaciones a los derechos de los particulares por falta o deficiencia de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarios y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”*¹⁸⁷

El Código Orgánico Administrativo en relación a la responsabilidad estatal, en su art. 15 señala:

“Art. 15.- Principio de responsabilidad. El Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas.

*El Estado hará efectiva la responsabilidad de la o el servidor público por actos u omisiones dolosos o culposos. No hay servidor público exento de responsabilidad.”*¹⁸⁸

La acción especial por responsabilidad objetiva del estado se propone en forma independiente de la acción subjetiva o de plena jurisdicción y de la objetiva o de anulación, se demanda por la vía contenciosa y se sustancia en trámite ordinario.

186 Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución 0433-2013 dentro del Juicio No. 0083-2011. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014 pp. 101, 102.

187 Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 217, numeral 8.

188 Código Orgánico Administrativo. Art. 15.

Tal como lo prescribe el inciso tercero del número 9 del art. 11 de la Constitución de la República, el estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

Al derecho de repetición el Doctor Jorge Zabala Egas lo define “*como instrumento, herramienta o mecanismo judicial, de naturaleza civil, dado que tiende a compensar al Estado mediante retribución patrimonial por parte de cualquier sujeto que, en ejercicio de una función pública, no sólo administrativa, con dolo o culpa, expidió una resolución o ejecutó un acto a consecuencia del cual se produjo la indemnización reparatoria a cargo del Estado que este pagó como consecuencia de una condena, nacional o internacional, de acuerdo reparatorio, transacción o por otro modo de terminación de un litigio.*”¹⁸⁹

Para materializar lo dispuesto en la norma constitucional respecto del ejercicio del derecho de repetición se observará lo normado en el art. 328 del COGEP que menciona lo siguiente:

“En los casos en que la sentencia declare la responsabilidad de las autoridades, servidoras o servidores públicos en el desempeño de sus cargos o las personas de derecho privado que ejerzan potestad pública en virtud de concesión o delegación a la iniciativa privada, se ordenará que se inicie el proceso de repetición contra todos aquellos, quienes tendrán responsabilidad solidaria hasta la solución total de la obligación.

La repetición se sustanciará ante las o los juzgadores de lo contencioso administrativo mediante procedimiento ordinario.”¹⁹⁰

De igual forma, nos parece pertinente referir algunas reglas dispuestas en el COA respecto de la acción de repetición:

“Art. 344.- Acción judicial de repetición. Una vez declarada la responsabilidad extracontractual del Estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la

189 ZAVALA EGAS, Jorge. Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (Quito: Edilex S.A., 2012), p. 200.

190 Código Orgánico General de Procesos. Art. 193.

máxima autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de lo contencioso administrativo. En este tipo de procesos no cabe reconvencción.

Si varias instituciones públicas han sido declaradas responsables, propondrán en forma conjunta la acción de repetición si los demandados tienen sus domicilios en el mismo distrito judicial; caso contrario, coordinarán la presentación de las demandas que correspondan.

La acción de repetición procede cuando el daño es consecuencia de la actuación u omisión con dolo o culpa grave de la o del servidor, que deberá ser declarada en el proceso judicial.

En caso de pluralidad de las o los servidores públicos que hayan actuado con dolo o culpa grave, el valor de las reparaciones a las que haya lugar, se distribuirá de acuerdo con la responsabilidad de la o del servidor y su grado de participación.

La acción prescribirá en cuatro años contados a partir de la fecha en que se efectuó el pago único o el último, si se efectuó en cuotas.”¹⁹¹

Es importante establecer que la acción de repetición también puede accionarse como consecuencia de las sentencias expedidas dentro de los procesos de garantías jurisdiccionales o de sentencias o resoluciones de organismos internacionales de protección de derechos, de conformidad con el art. 67 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que indica:

“Art. 67.- Objeto y ámbito.- La repetición tiene por objeto declarar y hacer efectiva la responsabilidad patrimonial por dolo o culpa grave de las servidoras y servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, cuando el Estado ha sido condenado a reparar materialmente mediante sentencia o auto definitivo en un proceso de garantías jurisdiccionales o en una sentencia o resolución definitiva de un organismo internacional de protección de derechos.”¹⁹²

191 Código Orgánico Administrativo. Art. 344.

192 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional Art. 67.

En estos casos la acción de repetición de igual forma se sustanciará por la vía contencioso administrativa, correspondiéndole la legitimación activa a la máxima autoridad de la entidad responsable, observando lo previsto en la Ley de Garantías Jurisdiccionales.¹⁹³

- ❖ A continuación cito una referencia práctica sobre la acción de repetición en contra ex servidores públicos por cuya acción el Estado Ecuatoriano tiene condena por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“Con fecha 28 de agosto de 2013, la Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH, dentro del caso del “Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) Vs. Ecuador”, emitió sentencia condenatoria contra el Estado ecuatoriano, que en su parte pertinente determinó que el Estado es responsable por la cesación arbitraria de los vocales del

193 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. “Art. 68.- *Legitimación activa.- La máxima autoridad de la entidad responsable asumirá el patrocinio de esta causa a nombre del Estado y deberá interponer la demanda ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente para que se reintegren al Estado los recursos erogados por concepto de reparación. Cuando el Gobierno Autónomo Descentralizado ha reparado a la víctima, intervendrá el representante legal de la institución. Se contará, para la defensa de los intereses del Estado, con la intervención de la Procuradora o Procurador General del Estado. En caso de que la máxima autoridad fuere la responsable directa de la violación de derechos, el patrocinio de la causa lo asumirá la Procuraduría General del Estado. La jueza o juez deberá poner en conocimiento de la máxima autoridad de la entidad responsable y de la Procuradora o Procurador General la sentencia o auto definitivo de un proceso de garantías jurisdiccionales o del representante legal del Gobierno Autónomo Descentralizado. Cualquier persona puede poner en conocimiento de la Procuradora o Procurador General la existencia de una sentencia, auto definitivo o resolución de un organismo internacional competente en la cual se ordena la reparación material. De igual forma, cualquier persona podrá interponer la acción de repetición ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente. La acción no vincula procesalmente a la persona. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Provincial competente deberá comunicar inmediatamente a la máxima autoridad de la entidad correspondiente para que asuma el patrocinio de la causa. La máxima autoridad de la entidad y la Procuradora o Procurador General no podrá excusarse de participar en el procedimiento de repetición. En caso de que la máxima autoridad de la entidad no demande la repetición o no asuma el patrocinio de la causa cuando la acción ha sido interpuesta por un particular, se podrá interponer una acción por incumplimiento en su contra.*”

Tribunal Constitucional sin que hubiere juicio político, por la afectación arbitraria a la permanencia en el ejercicio de la función y la consecuente afectación a la independencia judicial y a la garantía de imparcialidad, por la imposibilidad de acceder a un recurso judicial efectivo en perjuicio de las ocho víctimas y ordenó pagar una indemnización por daños materiales e inmateriales, y por el reintegro de costas y gastos como compensación por la imposibilidad de retornar a sus funciones como vocales del Tribunal Constitucional.

Dando cumplimiento a la sentencia condenatoria, el Estado procedió a pagar las indemnizaciones por concepto de reparación material, por intermedio del Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, de conformidad con las atribuciones conferidas mediante Decreto Ejecutivo 1317.

Con fecha 20 de mayo de 2016, las máximas autoridades de las entidades responsables: Presidente Constitucional de República, Presidenta de la Asamblea Nacional, Director General del Consejo de la Judicatura y Procurador General del Estado, proponen la demanda de Acción de Repetición ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo y Tributario No. 1, con sede en Quito, en contra de los ex vocales del Tribunal Constitucional, ex Presidente de la República, ex jueces y ex diputados que ocasionaron la vulneración de derechos de los ex vocales del Tribunal Constitucional.”¹⁹⁴

3.7. Casuística

Con el fin de identificar elementos objetivos y subjetivos de la institución de la responsabilidad objetiva del estado, se citan a continuación dos extractos jurisprudenciales, que precisan circunstancias prácticas en las que motivadamente, el estado asume su responsabilidad y obligación de reparación e indemnización.

¹⁹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. sentencia de 28 de agosto de 2013.

❖ RESPONSABILIDAD OBJETIVA CASO 1. (RELACIÓN - CATEGORÍA RIESGO PERMITIDO)

“SEXTO.- ...6.6.1.- Este Tribunal de Casación, por todo lo anteriormente expuesto, puede apreciar con claridad en el presente caso, que el daño causado al recién nacido Christopher Gómez Marín fue efectivamente producido, siendo de una índole muy grave e irreversible, como ya se mencionó en el punto 6.5. de este fallo; que se da una relación de causalidad conforme lo establece la teoría de la imputación objetiva, que es la que fundamentalmente debe aplicarse en los casos de responsabilidad objetiva extracontractual del Estado, al haberse dado una creación de un riesgo relevante, que el recién nacido Gómez Marín no tenía la obligación de soportar, conforme se menciona en los puntos 6.1. a 6.4. de este fallo; y, respecto al título de imputación aplicable, lamentablemente sí se dio una prestación deficiente del servicio público de salud al recién nacido Gómez Marín, conforme lo exigía la Constitución Política de la República de 1998. 6.6.2.- Este Tribunal de Casación ha tenido muy en cuenta, respecto al título de imputación, esto es, “la prestación deficiente del servicio público de salud”, que en el ámbito de la actuación sanitaria, y concretamente en la actividad médica, cobra particular relevancia la correcta actuación conforme al protocolo médico que la lex artis exige; que no tiene por qué garantizarse un resultado (la curación del paciente), sino un empleo adecuado de la ciencia y la técnica médica, conforme las circunstancias del caso concreto, y al avance que en ese momento tenga la medicina en el país. Es importante destacar este aspecto, pues el sistema de salud de un país ciertamente no puede ser una especie de aseguradora universal a la cual se le pueda reclamar daños y perjuicios por el solo hecho de que el paciente no sea curado o no recupere su salud.”... 6.6.2.2.- Por lo que es dable, conforme el principio de confianza, que el paciente sí pueda exigir del servicio médico sanitario que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas médicas vigentes en ese momento en función del conocimiento de la práctica sanitaria. En el presente caso, el Hospital Militar “Alberto Alvarado Cobos” de la ciudad de Cuenca, a través del personal médico integrado a su organización administrativa, el cual actuó con ocasión de sus funciones médicas, dejó de aplicar la lex artis con relación al recién nacido Christopher Gómez Marín, entre

otros aspectos como ya se mencionó en el considerando Sexto de esta sentencia, porque la técnica del procedimiento para la extracción del niño no estuvo correcta, no se utilizaron adecuadamente los servicios auxiliares de diagnóstico, no se le dio la vigilancia y atención permanente que su estado requería, no se lo evaluó con la frecuencia requerida, no salió del quirófano a tiempo porque la incubadora no estaba lista, entre otros aspectos; todos los cuales no estaban más allá del nivel médico sanitario que a esa fecha existía en el País, y por tanto, pudieron ser previstos y evitados, sin que en el presente caso el prestador del servicio público pueda alegar ni caso fortuito o fuerza mayor... Por todo lo expuesto... 1.- CASA la sentencia de mayoría del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 3 de Cuenca dictada el 2 de junio de 2009, a las 10h32. 2.- El Estado ecuatoriano, a través del Hospital Militar de Cuenca “Alberto Alvarado Cobos”, o su sucesor en derecho, pagará al niño Christopher David Gómez Marín, en la persona de su madre, o quien quede a cargo de la custodia legal del niño, en forma mensual, los primeros cinco días de cada mes, el equivalente a dos salarios básicos unificados vigentes a la fecha que corresponda cada pago, durante toda la vida del menor, desde su nacimiento. 3.- El valor que corresponde a los años anteriores... 4.- Adicionalmente, el Hospital Militar de Cuenca “Alberto Alvarado Cobos”, o su sucesor en derecho, deberá...”¹⁹⁵.

❖ RESPONSABILIDAD OBJETIVA CASO 2. (RELACIÓN - CATEGORÍA DE LA ACCIÓN A PROPIO RIESGO)

“6.4.- Consideramos que el hecho de que un o una Ministro/a de Defensa Nacional, en un evento público, suba a un helicóptero de guerra no constituye un riesgo excepcional, pues tal actuación bien puede darse muchas veces en razón de sus funciones públicas, y además tal actuación no escapa a su control, pues él o ella pueden perfectamente dar una orden en contrario, cambiar de transporte, subir a otro helicóptero, etc. Pero tal consideración que es válida para una Ministra de Defensa, resulta totalmente inaceptable respecto a la Srta. Claudia Ávila Larriva, pues ella era menor de

195 Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Resolución No. 369-2014.

edad, no pertenecía a las Fuerzas Armadas, y tampoco estuvo entre las invitadas oficiales al acto castrense en el cual ocurrió su fallecimiento; ella sí corrió un riesgo excepcional, pues la Fuerza Terrestre de las Fuerzas Armadas, como un todo orgánico-institucional, nunca puede permitir que una/un menor de edad, que no tiene rol alguno en las Fuerzas Armadas, y que no está ni siquiera invitada/o a participar en un acto oficial que involucre transportarse en un helicóptero de guerra artillado, se suba a uno (quizá una excepción podría ser, por ejemplo, por un estado de necesidad por emergencia médica). 6.4.1.- Ello no cambia por el hecho de que un/una Ministra de Defensa en funciones autorice o no tal hecho; pues las medidas de seguridad que deben seguir las fuerzas armadas deben estar por encima de tales disposiciones verbales administrativas, pues tales medidas y uso de transporte de guerra (en este caso un helicóptero militar artillado) no pueden, o no deberían, ser alterados ni siquiera por órdenes verbales de, en el caso que nos ocupa, de los propios Ministros/as de Defensa, pues tales medidas de seguridad no se dan en función de la persona natural que ocupe tal cargo, sino del cargo que ostentan, por lo que sólo pueden primar razones institucionales y no personales. Argüir que el Art. 2230 del Código Civil le pueda ser aplicable a la Srta. Claudia Ávila Larriva es inoficioso, pues ella no se expuso al riesgo de subir a un helicóptero artillado imprudentemente, ni tenía control alguno en tal hecho; ... 7.2.1.- Ahora bien, las Fuerzas Armadas colocó a la fallecida, Srta. Claudia Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella, de manera alguna, tenía la obligación de soportar, siendo ella además menor de edad (17 años). Claudia Ávila Larriva, como cualquier ciudadano/a ecuatoriano/a debería sentirse “más” —y no “menos”— seguro/a cuando se encuentra bajo la influencia institucional de una operación controlada por las fuerzas armadas, más aún, si en el acto oficial de tal nefasto día del accidente aéreo estaban incluso altas autoridades del Estado presentes. Bien se puede decir que, lamentablemente, las Fuerzas Armadas tal día 24 de enero de 2007 “le fallaron” a Claudia Fernanda Ávila Larriva, ella nunca debió subir al helicóptero militar artillado en cuestión; tal error es inexcusable, y costó la vida de una ciudadana ecuatoriana menor de edad totalmente inocente en toda esa trama; menor de edad que de alguna manera tácita estaba bajo

*la protección institucional, en ese momento, de las Fuerzas Armadas dado que su madre era Ministra de Defensa en funciones. Todo esto hace que se considere que la indemnización por la muerte de la Srta. Claudia Ávila Larriva debería ser el doble a lo calculado en la póliza de seguros mencionada en el punto 7.2. Un hecho como este no debería repetirse nunca más... 1) Se casa la sentencia antes referida expedida el 14 de enero del 2010, 15h25, por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3 con sede en la ciudad de Cuenca. 2) Se declara que las Fuerzas Armadas colocaron a la menor de edad fallecida, Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, en una situación de riesgo de naturaleza excepcional, que ella de manera alguna tenía la obligación de soportar; por lo que se aceptan parcialmente las demandas presentadas por... 3) El Ministerio de Defensa Nacional (a nombre, en el presente caso, del Estado Ecuatoriano y de las Fuerzas Armadas) indemnizará con un ciento cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América (USD\$ 150.000,00.) a los familiares de la Srta. Claudia Fernanda Ávila Larriva, de la siguiente manera... 4) Además de la compensación pecuniaria señalada, se tomará la siguiente medida de satisfacción y de no repetición...*¹⁹⁶

3.8. La acción de nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado

La atribución del Procurador General del Estado para proponer la acción de nulidad de contrato se sustenta en la norma constitucional contenida en el art. 237, en la que además de atribuirle las funciones de representación judicial del Estado, de su patrocinio y de sus instituciones, de asesoramiento legal y absolución de las consultas jurídicas, le faculta en los términos del numeral 4 de la disposición referida:

*“Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público.”*¹⁹⁷

196 Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, Resolución. No. 246-2012.

197 Constitución de la República del Ecuador Art. 237, numeral 4.

En correspondencia con la disposición constitucional, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en su art. 2 señala: “*Art. 2.- Del Procurador General del Estado.- El Procurador General del Estado es el representante judicial del Estado. Le corresponde el patrocinio del Estado, el asesoramiento legal y las demás funciones que determine la Ley. Podrá delegar la mencionada representación de conformidad con lo establecido en esta Ley*”¹⁹⁸.

Por otra parte el Código Orgánico General de Procesos en su art. 326 señala que se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones: “(...) 4. Las especiales de: d) *La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley*”¹⁹⁹.

Atendiendo el orden jerárquico, el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado en relación a las funciones del Procurador en el número 8 del art. 3 refiere: “8. *Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades del sector público; emitir los dictámenes exigidos por la ley; y, de ser el caso, proponer o adoptar las acciones legales para precautelar su cumplimiento.*”²⁰⁰

La acción nulidad a demandarse recae sobre el ámbito de los contratos administrativos o públicos, que en la percepción de Marienhoff, los define como “*el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones y derechos, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas*”²⁰¹.

La nulidad del contrato radica en los yerros de forma o de fondo que pueda tener, en la inobservancia de elementos y requisitos que la ley ha establecido para su validez, “*la nulidad constituye la sanción específica de las*

198 Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Art. 2.

199 Código Orgánico General de Procesos. Art. 326, numeral 4, literal d).

200 Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado. Art. 3, numeral 8.

201 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado de derecho administrativo, T. III-A, Cap. I “Principios generales”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 34.

*condiciones de la formación del contrato, pues es nulo todo contrato que no has ido válidamente formado.”*²⁰²

El fundamento doctrinario de la nulidad del contrato público también radica en la tesis de la sanción por el vicio de forma o de fondo, así se advierte de la referencia que cito a continuación:

*“...el contrato público no es más que un acto de la administración; es la obra común de las partes y, en consecuencia, salvo el caso de los contratos entre personas públicas, es el producto de la voluntad de personas privadas que concurren. Se deducen motivos particulares de nulidad relacionados a la persona del co-contratante, aun si, en la práctica se los encuentra escasamente, habida cuenta de las precauciones propias de los contratos administrativos...” “...la nulidad no es una causa, sino una consecuencia; un contrato público es nulo porque es ilegal. La nulidad no es entonces una forma particular de ilegalidad propia de los contratos, sino una sanción de un vicio de forma o de una irregularidad de fondo, es decir, para los contratos administrativos, es su ilegalidad. El estudio de esta sanción conduce a determinar los motivos y luego a describir su procedimiento”... “...el contrato administrativo que no respeta una regla imperativa, de forma o de fondo, sustancial o de orden público, es ilegal y entonces, en principio, nulo.”*²⁰³

Dentro de nuestro ordenamiento jurídico los contratos administrativos son todos aquellos sujetos a las regulaciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, marcando distancia con los contratos de tipo civil sujetos al derecho privado;

Al respecto es necesario establecer algunos criterios de distinción entre contrato civil y contrato administrativo que ha determinado la doctrina, sustentando sus diferencias en algunos parámetros, por una parte está el aspecto subjetivo apoyado por Escola — *“un contrato es administrativo por el hecho de que es celebrado por la administración pública, obrando como tal y*

202 BÉNAVENT, Alain, Droit des Obligations, 14 Edición, Lextenso Ediciones Paris 2014, p. 159.

203 CASSAGNE, Juan Carlos y YSERN, Enrique Rivero. La Contratación Pública, Tomo II, pp. 1071, 1072.

*relacionándose por este conducto, con los particulares.*²⁰⁴; por otra parte, ésta el criterio de la jurisdicción que se sustenta sobre la tesis bastante cuestionada de que el contrato administrativo se diferencia del civil por el hecho de que sus controversias se resuelven antes tribunales distintos; se ha señalado que el criterio de las formalidades es un factor que distingue a ambos contratos, sin embargo, se objetado tal aseveración, en virtud, de que tanto el contrato civil como el administrativo están subordinados a la observancia de requisitos formales necesarios para su validez; finalmente se ha mencionado que la cláusula exorbitante es una característica determinante que le distingue al contrato administrativo del civil, “*La jurisprudencia administrativa francesa ha calificado a esta clase de cláusulas exorbitantes, como aquellas que por su naturaleza son ajenas al consentimiento dentro de las leyes civiles y comerciales.*”²⁰⁵

Con este análisis previo, es preciso revisar en qué casos el Procurador General²⁰⁶ puede comparecer a través de la acción contenciosa para demandar la nulidad del contrato en la que uno de los intervinientes es un órgano o entidad del sector público, de tal modo que debemos remitirnos a lo descrito en el art. 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública que expresamente establece las causales de nulidad de los contratos administrativos:

“Art. 65.- Nulidad del Contrato.- Los contratos regidos por esta Ley serán nulos en los siguientes casos:

1. Por las causas generales establecidas en la Ley;

204 ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos, Depalma Buenos Aires, 1977 Vol. 1 p. 100.

205 C.E. francés en el fallo Stein de 20 de octubre de 1950, cuando dice: ‘*La cláusula que tiene por objeto conferir a las partes derechos o imponerles obligaciones ajenas por su naturaleza a aquellas que son susceptibles de ser libremente consentidas, por cualquiera en el marco de las leyes civiles y comerciales.*’

206 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. “*Art. 66.- Denuncias.- La denuncia sobre contratos celebrados con personas inhábiles o sobre aquellos que recayera alguna causa de nulidad, podrá presentarla cualquier persona al Procurador General del Estado acompañando los documentos probatorios del caso, para que se analice la procedencia de demandar la nulidad del contrato sin perjuicio de que se inicien las demás acciones civiles o penales a las que hubiere lugar.*”

2. Por haberse prescindido de los procedimientos y las solemnidades legalmente establecidas; y,
3. Por haber sido adjudicados o celebrados por un órgano manifiestamente incompetente.

*El Procurador General del Estado tan pronto tenga conocimiento de cualquiera de estas irregularidades, demandará la nulidad del contrato, sin perjuicio de las responsabilidades administrativa, civil o penal de los funcionarios o empleados por cuya culpa se hubiere causado la nulidad.”*²⁰⁷

Deberá considerarse que de acuerdo al art. 68 de la LOSNCP los contratos administrativos deben cumplir algunos requisitos, en primer lugar se observará la competencia del órgano contratante, en segundo lugar la capacidad del adjudicatario, deberá acreditarse la existencia de la disponibilidad presupuestaria y los recursos destinados para la ejecución del contrato, finalmente debe cumplirse con las formalidades que la ley de la materia y su reglamento establecen para su plena validez.

El numeral 1 del art. 65 hace alusión a las causas generales establecidas en la ley, al respecto los artículos. 62 y 63 de la LOSNCP²⁰⁸ establecen

207 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 65.

208 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. “Art. 62.- Inhabilidades Generales.- No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes: 1. Quienes se hallaren incurso en las incapacidades establecidas por el Código Civil, o en las inhabilidades generales establecidas en la Ley; 2. El Presidente, el Vicepresidente de la República, los ministros y secretarios de Estado, el Director Ejecutivo y demás funcionarios del Instituto Nacional de Contratación Pública, los legisladores, los presidentes o representantes legales de las Entidades Contratantes previstas en esta Ley, los prefectos y alcaldes; así como los cónyuges o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de los dignatarios, funcionarios y servidores indicados en este numeral; 3. Los servidores públicos, esto es, funcionarios y empleados, que hubieren tenido directa o indirectamente vinculación en cualquier etapa del procedimiento de contratación o tengan un grado de responsabilidad en el procedimiento o que por sus actividades o funciones, se podría presumir que cuentan con información privilegiada; 4. Quienes consten suspendidos en el RUP; 5. Los que, no habiendo estado inhabilitados en el procedimiento precontractual, al momento de celebrar el contrato, lo estuvieren; y, 6. Los deudores morosos del Estado o sus instituciones. Art. 63.- Inhabilidades Especiales.- No podrán celebrar contratos con la Entidad Contratante: 1. Los consejeros provinciales, los concejales municipales y los vocales de las juntas parroquiales, en su respectiva jurisdicción; 2. Las personas naturales o jurídicas, incluidos sus representantes legales, que hubieren realizado los estudios, los diseños y los proyectos de ingeniería o arquitectura, que presenten algún tipo de vinculación respecto a los ejecutores

las inhabilidades generales y especiales respectivamente que impiden la celebración de estos contratos.

El numeral 2 del art. 65 la ley en mención, se refiere a la inobservancia de procedimientos y solemnidades legalmente establecidas, al respecto el numeral 3 del art. 68 de la LOSNCP establece que uno de los requisitos para su celebración es “3. *La existencia de disponibilidad presupuestaria y de los recursos financieros necesarios para el cumplimiento de las obligaciones*”²⁰⁹; en concordancia con su art. 24 que señala: “*Art. 24.- Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación*”²¹⁰; Adicionalmente, respecto de las formalidades y solemnidades que debe acreditar el contrato, el art. 69 de la misma ley establece lo siguiente:

“Art. 69.- Suscripción de Contratos.- Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública dentro del término de quince (15) días desde la notificación de la adjudicación. Los contratos cuya cuantía sea igual o superior a la base prevista para la licitación se protocolizarán ante Notario Público. Los gastos derivados del otorgamiento del contrato son de cuenta del contratista.

de las obras; y, los que hubieren elaborado las especificaciones de los bienes a adquirirse; salvo que el contrato se refiera a fiscalización, supervisión, o actualización de los estudios, diseños o proyectos; 3. Los miembros de directorios u organismos similares o de la Comisión Técnica de la entidad convocante, sus cónyuges o parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; 4. Los funcionarios, servidores o empleados que hayan intervenido en la etapa precontractual o contractual y que con su acción u omisión pudieren resultar favorecidos, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, así como las personas jurídicas de derecho privado o sociedades de hecho en las que los indicados funcionarios, servidores o empleados, su cónyuge o sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad tengan participación, aún en el caso de que los referidos funcionarios, servidores o empleados hubieren renunciado a sus funciones; y, 5. Los que de manera directa hayan estado vinculados con la elaboración, revisión o aprobación de los pliegos, relacionados con el contrato a celebrarse. Si se comprobare la intervención de un oferente inhábil, éste quedará eliminado del respectivo proceso precontractual, sin derecho a reclamo alguno.”

209 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 68, numeral 3.

210 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Art. 24.

Las contrataciones que se realicen por el sistema de catálogo se formalizarán con la orden de compra y el acta de entrega.

Las contrataciones de menor cuantía se instrumentarán con la factura correspondiente, sin perjuicio de que se puedan elaborar documentos que contengan las obligaciones particulares que asuman las partes.”²¹¹

El tercer presupuesto para establecer la nulidad, es el hecho de que el contrato haya sido adjudicado o celebrado por un órgano manifiestamente incompetente, situación que puede ocurrir en el caso de que la autoridad contratante no cuente con la delegación para suscribir el contrato en los términos del 61 de la LOSNCP:

“Art. 61.- Delegación.- Si la máxima autoridad de la Entidad Contratante decide delegar la suscripción de los contratos a funcionarios o empleados de la entidad u organismos adscritos a ella o bien a funcionarios o empleados de otras entidades del Estado, deberá emitir la resolución respectiva sin que sea necesario publicarla en el Registro Oficial, debiendo darse a conocer en el Portal COMPRAS PÚBLICAS.”²¹²

Con el objeto de identificar aspectos relacionados con la acción de nulidad de contrato administrativo propuesto por el Procurador General del Estado, se cita a continuación un extracto del fallo judicial signado con el No. 17811-2013-14713 pronunciado por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1:

“...Al respecto, de la revisión de los recaudos procesales, de la prueba practicada por las partes y del análisis jurídico e interpretación de las normas legales referentes al caso, se desprende que, la Procuraduría General del Estado en ejercicio de la función constitucional prevista en el Art. 237 numeral 4 de la Constitución, que dice: “Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley: 4. Controlar con sujeción a la ley los actos y contratos que suscriban los organismos y entidades

211 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 69.

212 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, Art. 61.

del sector público”, procedió a efectuar el control legal al proceso precontractual de subasta inversa electrónica Nro. SEI IEES 015-2011 que concluyó con la suscripción del contrato Nro. 64000000-1002-C entre el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IEES y la Compañía RECAP S.A. de fecha 13 de marzo del 2012. Habiendo detectado en el proceso de control la utilización de una certificación presupuestaria conferida por el Subdirector de Contabilidad y Control de Presupuestos mediante oficio Nro. 21200000-1932 del 14 de abril de 2011, utilizada en el procedimiento precontractual que fuera cancelado por el IEES signado con el número SIE IEES 014-2011, infringiendo de esta manera los Artículos 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 27 de su Reglamento y 115 y 178 del Código de Planificación y Finanzas Públicas. Esta omisión de no contar con la respectiva certificación presupuestaria en el procedimiento de subasta inversa electrónica Nro. SEI IEES 015-2011, fue detectada por la Dirección de Auditoría de Desarrollo Seccional y Seguridad Social de la Contraloría General del Estado, en el Informe General DADS y SS-0008-2013, derivado del Examen Especial a los procesos precontractuales, contractuales y de ejecución del contrato para el servicio de Call Center con la empresa RECAP, en cuya parte pertinente se dice que no se actualizó previo al inicio del proceso de contratación SIE-IEES-015-2011, la certificación de disponibilidad presupuestaria y que se utilizó la misma documentación habilitante en un proceso de Licitación que no fue realizada por el IEES, incumplimiento los Artículos 22 y 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 27 de su Reglamento General, e inobservando la Norma de Control Interno Nro. 406-02 “Planificación”. Esta omisión, ocasiona la nulidad del contrato, conforme la norma contenida en el Art. 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública primera causal, que dice: “Art. 65.- Nulidad del Contrato.- Los contratos regidos por esta Ley serán nulos en los siguientes casos: 1. Por las causas generales establecidas en la Ley..”, normas que son concordantes con los Art. 1697 y 1698 del Código Civil, que prescriben: “Art. 1697.- Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato, según su especie y la calidad o estado de las partes. Art. 1698.- 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....”. Consecuentemente, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social, IESS, inobservó las normas aludidas en la fase precontractual al no contar con la certificación presupuestaria actualizada para el procedimiento de subasta inversa electrónica...”²¹³.

3.9. Las acciones derivadas de las controversias en materia de contratación pública.- Consideraciones doctrinarias

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP)²¹⁴ vigente en nuestro país desde del año 2008, planteó un nuevo escenario

213 Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, Proceso No. 17811-2013-14713.

214 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública “Art. 1.- Objeto y Ambito.- Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen: 1. Los Organismos y dependencias de las Funciones del Estado. 2. Los Organismos Electorales. 3. Los Organismos de Control y Regulación. 4. Las entidades que integran el Régimen Seccional Autónomo. 5. Los Organismos y entidades creados por la Constitución o la Ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 6. Las personas jurídicas creadas por acto legislativo seccional para la prestación de servicios públicos. 7. Las corporaciones, fundaciones o sociedades civiles en cualquiera de los siguientes casos: a) estén integradas o se conformen mayoritariamente con cualquiera de los organismos y entidades señaladas en los números 1 al 6 de este artículo o, en general por instituciones del Estado; o, b) que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. 8. Las compañías mercantiles cualquiera hubiere sido o fuere su origen, creación o constitución que posean o administren bienes, fondos, títulos, acciones, participaciones, activos, rentas, utilidades, excedentes, subvenciones y todos los derechos que pertenecen al Estado y a sus instituciones, sea cual fuere la fuente de la que procedan, inclusive los provenientes de préstamos, donaciones y entregas que, a cualquier otro título se realicen a favor del Estado o de sus instituciones; siempre que su capital, patrimonio o los recursos que se le asignen, esté integrado en el cincuenta (50%) por ciento o más con participación estatal; y en general toda contratación en que se utilice, en cada caso, recursos públicos en más del cincuenta (50%) por ciento del costo del respectivo contrato. Se exceptúan las personas jurídicas a las que se refiere el numeral 8 del artículo 2 de esta Ley, que se someterán al régimen establecido en esa norma. Quedan excluidos de esta ley, la contratación

de regulación de los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría; indudable que en este contexto complejo de interacción entre el Estado y los contratistas, surgen conflictos de diversa índole durante las fases de preparación, selección, contratación, ejecución, así como en la fase pos contractual.

Previo a analizar algunas particularidades de la acción contenciosa por controversias derivadas de la contratación pública, es preciso hacer alusión a algunas consideraciones a cerca del contrato administrativo, que es otra forma de expresión de la voluntad de la Administración Pública.

El contrato administrativo ha merecido el estudio y crítica en virtud de las connotaciones, características y efectos que provoca dentro de las relaciones y negocios jurídicos entre la administración y los particulares, se trata de una institución que la doctrina desde sus diferentes sectores le ha atribuido una categoría especial por las diferencias que mantiene frente al contrato privado, aunque autores como Bielsa reconocen ciertas particularidades entre ambos tipos de contrato, cuando refiere que *“hay identidad conceptual desde el punto de vista jurídico entre ambas clases de contrato y las diferencias que la doctrina pretende encontrar no son exclusivas de los contratos de Derecho público (Ej., desigualdad de las partes), sino que también se encuentran en los contratos de Derecho privado.”*²¹⁵

Autores como Bercaitz han mantenido la tesis de que el contrato administrativo se distancia en su concepción y fines del contrato privado, argumentando lo siguiente:

“tales contratos no son evidentemente contratos de Derecho privado, por cuanto en su ejecución y efectos no están sometidos a las normas que rigen los contratos de Derecho

de servicios y adquisición de bienes por parte de los actores del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología, Innovación y Saberes Ancestrales, debidamente acreditados, los cuales hayan sido adquiridos con recursos provenientes de fondos de capitales de riesgo público o capitales semilla público.”

215 BIELSA, Rafael: Derecho Administrativo, t. II, p. 173, nota in fine, sexta ed., Buenos Aires, 1964.

*privado, sino que, por el contrario, los regulan los mismos principios que gobiernan los contratos administrativos. Son, por lo tanto, verdaderos contratos administrativos, pero no por su naturaleza, sino por disposición expresa de la Ley.”*²¹⁶

El contrato administrativo observa regulaciones especiales por el hecho de que es el estado a través de un órgano o ente de la administración pública, el que comparece en calidad de interviniente a su celebración, de por medio existen intereses públicos, es decir se busca atender necesidades colectivas, procurar el bien común; de hecho en las discusiones respecto de los criterios determinantes²¹⁷ del contrato administrativo, en principio se consideró que el servicio público era la razón de ser de este contrato.

En lo posterior se consignan otros criterios intentando identificar el objeto del contrato administrativo; Cassagne describe que:

*“En opinión de Bielsa, la prestación de utilidad pública constituye el objeto del contrato administrativo junto a la exigencia que uno de los sujetos de la relación sea la Administración pública”*²¹⁸; frente a esto Behcaltz asume, que *“sin embargo, fuera de lo impreciso de la noción de utilidad pública es evidente que muchos contratos administrativos (concesión de uso de un bien del dominio público) no persiguen fines de utilidad pública y se encuentran dentro del ámbito de la función administrativa.”*²¹⁹

Es innegable que luego de dilucidar respecto del objeto y naturaleza del contrato administrativo, se llegó a identificar un rasgo singular que gira en torno al contenido de cláusulas diferentes, conocidas como cláusulas

216 BERCAITZ, Miguel Ángel: Teoría General de los Contratos Administrativos. Buenos Aires, 1952, p. 211.

217 *“Durante muchos años, y aun hoy en Francia, la teoría del servicio público constituyó el eje central de la noción de contrato administrativo. Superada la antigua teoría que fincaba la caracterización del contrato administrativo en la distinción entre actos de autoridad y de gestión, aparece a principios del siglo la concepción que basaba el carácter del contrato en la circunstancia que el mismo tuviera por objeto la organización o el funcionamiento de los servicios públicos.”* CASSAGNE, Juan Carlos. Los contratos de la administración pública (Distintas categorías y regímenes jurídicos) p. 418.

218 CASSAGNE, Juan Carlos, citando a BIELSA, Rafael, op cit., t. II, p. 172.

219 BERCAITZ, Miguel Ángel. Ob. Cit., p. 185.

exorbitantes²²⁰, que sin duda marcaron distancia con la naturaleza del contrato privado;

Pequignot en relación a la cláusula exorbitante manifiesta que: *“es aquella que tiene por objeto otorgar a las partes derechos o imponerles obligaciones extrañas por su naturaleza a las que son libremente consentidas por cualquiera, dentro del ámbito de las Leyes civiles o comerciales”*²²¹; en la misma línea Vedel afirma que *“las cláusulas exorbitantes son aquellas que son inusuales en el Derecho privado”*²²²; pues en efecto el hecho de poder terminar unilateralmente el contrato o poder modificarlo, de imponer el pago anticipado de garantías, incluso imponer sanciones, son caracteres que no se encuentran en el contrato sujeto al derecho privado, sobre estas especificaciones, se ampliará más adelante al analizar lo normativo en la LOSNCP.

Así mismo encontramos entre los doctrinantes severas críticas al contrato administrativo, por las condiciones que impone el estado como parte contratante, generando un desequilibrio en las cláusulas del convenio; *“esta sustancia polémica del contrato administrativo obedece, por de pronto, al hecho de que toda su intención institucional está montada sobre una aparente contradicción, la que resulta de pretender insertar en el derecho público la figura par excellence del derecho privado, el contrato, figura en la cual parece que habrían de desaparecer necesariamente las notas que tradicionalmente vienen marcando al Derecho público, la desigualdad de las partes, la autoridad de la Administración, esencialmente concebida como una potentior persona, el poder de mando, la prerrogativa.”*²²³

220 “La insuficiencia que portaba la teoría del servicio público para constituir el criterio determinante de la noción de contrato administrativo provocó en la doctrina y jurisprudencia francesas la aparición de una corriente que al advertir la presencia en casi todos los contratos administrativos de cláusulas exorbitantes al Derecho común, creyó encontrar en tal hecho la solución al problema de la caracterización del contrato.” CASSAGNE, Juan Carlos. Ob. Cit., p 419.

221 PEQUIGNOT G. en «Juris Classeur Administratif», fase 500, p. 27, número 212, París, 1964, cit. por MONTORO PUERTO en la obra Contratos administrativos atípicos, p. 58, Madrid, 1969.

222 VEDEL, Georges, Droit Administratif, p. 643, París, 1961.

223 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. La figura del Contrato Administrativo p. 100.

Con este preámbulo, podemos citar a continuación algunas referencias que importantes administrativistas han proporcionado respecto del concepto de contrato administrativo:

Para el administrativista Juan Carlos Cassagne:

*“contrato administrativo es todo acuerdo de voluntades generador de obligaciones celebrado por un órgano estatal en ejercicio de la función administrativa, caracterizado por un régimen exorbitante del derecho privado, susceptible de producir efectos con relación a terceros.”*²²⁴

Roberto Dromi en relación a la figura objeto de análisis menciona:

*“El contrato público o el negocio jurídico de derecho público es un acuerdo creador de relaciones jurídicas. Es toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos entre dos personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa.”*²²⁵

Para Fernando López de Zavalía:

*“Los contratos administrativos se caracterizan por ser celebrados por la administración pública, por lo general con un particular, con un fin público o relativo a la satisfacción de una necesidad pública, sometidos al derecho público, con cláusulas exorbitantes del derecho privado, en los que el particular queda en una situación de subordinación jurídica respecto de la administración pública.”*²²⁶

Para el profesor Héctor Escola:

*“La nota propia de este tipo de contratos radica en la existencia, en ellos, de cláusulas exorbitantes del derecho privado, es decir, de cláusulas que tendrían cabida dentro del derecho común y que ponen de manifiesto la existencia de un régimen especial de derecho público.”*²²⁷

224 CASSAGNE, Juan Carlos. Los contratos de la administración pública (Distintas categorías y regímenes jurídicos) p. 423.

225 DROM, Roberto. Derecho Administrativo 7ª. Edición actualizada. Buenos Aires 1998.

226 LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando. Teoría de los Contratos Tomo I. Parte General.

227 ESCOLA, Héctor Jorge. Tratado integral de los contratos administrativos, Depalma Buenos Aires, 1977 Vol. 1 p. 103.

Los criterios expuestos por los doctrinantes establecen con precisión las diferencias entre el contrato administrativo subordinado al derecho público y el contrato sujeto al derecho privado, como se había señalado en el objeto y fin del primero confluyen intereses públicos de beneficio colectivo, como la contratación para la prestación de un servicio básico, la construcción de una obra, y en aras de garantizar su efectivo cumplimiento, se blinda con cláusulas que a decir de los administrativistas, superan los límites de la contratación entre particulares.

En correspondencia con lo dicho anteriormente, se citan a continuación algunas referencias normativas contenidas en la LOSNCP en las que se puede observar ciertas condiciones especiales que configuran el contrato de la administración pública, como la estipulación de multas para los contratistas, la obligación de rendir garantías, la posibilidad de suscribir contratos modificatorios y complementarios, que bien pueden considerarse como un ejemplo de cláusulas exorbitantes:

“Art. 71.- Cláusulas Obligatorias.- En los contratos sometidos a esta Ley se estipulará obligatoriamente cláusulas de multas, así como una relacionada con el plazo en que la entidad deberá proceder al pago del anticipo, en caso de haberlo; el que no podrá exceder del término de treinta (30) días. Las multas se impondrán por retardo en la ejecución de las obligaciones contractuales conforme al cronograma valorado, así como por incumplimientos de las demás obligaciones contractuales, las que se determinarán en relación directa con el monto total del contrato y por cada día de retraso. Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral.

Art. 72.- Contratos Modificatorios para Enmendar Casos de Errores.- Para corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción o de cálculo que se hubieren producido de buena fe en las cláusulas contractuales, las entidades podrán celebrar contratos modificatorios que enmienden los errores encontrados.

Art. 74.- Garantía de Fiel Cumplimiento.- Para seguridad del cumplimiento del contrato y para responder por las obligaciones que contrajeran a favor de terceros, relacionadas con el contrato, el adjudicatario, antes o al momento de la firma del

contrato, rendirá garantías por un monto equivalente al cinco (5%) por ciento del valor de aquel. En los contratos de obra, así como en los contratos integrales por precio fijo, esta garantía se constituirá para garantizar el cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros y para asegurar la debida ejecución de la obra y la buena calidad de los materiales, asegurando con ello las reparaciones o cambios de aquellas partes de la obra en la que se descubran defectos de construcción, mala calidad o incumplimiento de las especificaciones, imputables al proveedor(...)

Art. 75.- Garantía por Anticipo.- Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega-recepción de los bienes u obras materia del contrato. El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.

Art. 76.- Garantía Técnica para ciertos Bienes.- En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato(...)

Art. 85.- Obras y Servicios Complementarios.- En el caso de que fuere necesario ampliar, modificar o complementar una obra o servicio determinado por causas imprevisitas o técnicas, debidamente motivadas, presentadas con su ejecución, el Estado o la Entidad Contratante podrá celebrar con el mismo contratista, sin licitación o concurso, contratos complementarios que requiera la atención de las modificaciones antedichas, siempre que se mantengan los precios de los rubros del contrato original, reajustados a la fecha de celebración del respectivo contrato complementario.”²²⁸

228 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Arts. 71, 72, 74, 75, 76, 85.

En nuestro juicio crítico y propositivo, con el objeto de concluir si el contrato administrativo en el Ecuador ha sido adjudicado, administrado y ejecutado en los términos que la ley fija, se mantienen algunas interrogantes respecto de la responsabilidad, eficacia y transparencia con el que se han conducido los procesos precontractuales y contractuales, posiblemente por la imposición arbitraria de las cláusulas exorbitantes, que no se traduce en una facultad legítima de la entidad contratante, sino en un manejo arbitrario de los términos del contrato.

3.10. Regulación jurídica del contrato administrativo en el Ecuador

Cronológicamente el contrato administrativo y su derivación a la jurisdicción contencioso administrativa en casos de controversia no fue prevista dentro de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, normativa vigente desde 1968, pues en efecto esta Ley en su art. 3 únicamente reconocía el recurso subjetivo de plena jurisdicción y el de anulación u objetivo;

Sin embargo, la Ley de Modernización del Estado con vida jurídica desde el año de 1993 reconoció la facultad del Tribunal de lo Contencioso Administrativo para conocer y resolver las demandas derivadas de la contratación pública en los siguientes términos:

*“Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público(...).”*²²⁹

La disposición antes referida tuvo concordancia con lo previsto en el ERJAFE con vigencia del desde el año 2002, primero con su art. 75 que hace mención propiamente a los contratos administrativos:

“Art. 75.- CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.- Es todo acto o declaración multilateral o de voluntad común; productor de efectos jurídicos, entre dos o más

229 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada. Art. 38.

*personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa. Su regulación se regirá por las normas jurídicas aplicables.”*²³⁰

Y luego con el art. 77 del mismo Estatuto en relación a la impugnación del contrato administrativo en sede judicial:

*“Art. 77.- IMPUGNACIÓN.- Las diferentes manifestaciones jurídicas que han intervenido en la formación y ejecución de un contrato administrativo son susceptibles de ser impugnadas en sede administrativa o judicial de conformidad con este estatuto y la ley respectiva. En general y de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios por parte de la Iniciativa Privada, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia privativa y exclusiva para conocer y resolver judicialmente todos los aspectos derivados de y relacionados con todos los contratos administrativos.”*²³¹

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública con vigencia desde el 4 de agosto del año 2008 dentro del título IV, capítulo I, norma importantes regulaciones sobre el carácter del contrato con el estado, la delegación para contratar, las inhabilidades para contratar y la nulidad del contrato;

El art. 60 de la referida Ley dice: *“Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos.”*²³²

En relación a las controversias derivadas de los contratos celebrados entre la administración pública y los particulares y en concordancia con su Reglamento²³³, el art. 105 de la LOSNCP textualmente refiere:

“Art. 105.- Instancia Única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el

230 ERJAFE Art. 75.

231 ERJAFE Art. 77.

232 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 60.

233 Reglamento a la Ley Orgánica Sistema Nacional de Contratación Pública “Art. 163.- Contencioso Administrativo.- De no pactarse cláusula compromisoria o no acordarse ventilar mediante solución arbitral, las controversias se sustanciarán ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción en el domicilio del demandado, observando lo previsto en la ley de la materia.”

*procedimiento se lo ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.*²³⁴

En lo posterior con la entrada en vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial el 9 de marzo del año 2009 se ratifica la competencia de los juzgadores del Contencioso Administrativo para conocer y resolver aquellas controversias derivadas de la contratación pública, lo cual se desprende del número 4 del art. 217 que establece como una de las atribuciones de las juezas y jueces que integran las salas de lo contencioso administrativo la siguiente:

*“4. Conocer y resolver las demandas que se propusieren contra actos, contratos o hechos administrativos en materia no tributaria, expedidos o producidos por las instituciones del Estado que conforman el sector público y que afecten intereses o derechos subjetivos de personas naturales o jurídicas; inclusive las resoluciones de la Contraloría General del Estado, así como de las demás instituciones de control que establezcan responsabilidades en gestión económica en las instituciones sometidas al control o juzgamiento de tales entidades de control. Igualmente conocerán de las impugnaciones a actos administrativos de los concesionarios de los servicios públicos y de todas las controversias relativas a los contratos suscritos por los particulares con las instituciones del Estado; (...).”*²³⁵

Con la implementación del Código Orgánico General de Procesos el 23 de mayo del año 2016, taxativamente queda reconocida en el número 4 del art. 326 como una acción contenciosa de carácter especial a demandarse dentro de la jurisdicción contencioso administrativa con el objeto de reclamar derechos vulnerados provenientes de actos administrativos dictados dentro de las diferentes fases de la contratación pública, al respecto la norma en mención refiere:

*“Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; (...) 4. Las especiales de: (...) e) Las controversias en materia de contratación pública.”*²³⁶

234 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública Art. 105.

235 Código Orgánico de la Función Judicial. Art. 217, numeral 4.

236 Código Orgánico General de Procesos. Art. 326 numeral 4, literal e).

El término para presentar la acción en este tipo de controversias es de 5 años de acuerdo a lo previsto en el número 3 del art. 306 del mismo código.

El Código Orgánico Administrativo en el art. 125 sobre el contrato administrativo señala:

“Es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa.

Los contratos administrativos se rigen por el ordenamiento jurídico específico en la materia.”

Se puede acotar adicionalmente, que las controversias derivadas de la contratación pública previo a intentar la acción contenciosa, pueden resolverse por algunos medios de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por una parte se reconoce el reclamo administrativo²³⁷, el recurso administrativo de apelación²³⁸ y

237 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública “Art. 102.- Reclamaciones.- Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes. Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso.

238 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública “Art. 103.- Del Recurso.- El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso. El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar.”

los medios alternativos²³⁹ de solución de controversias como la mediación y el arbitraje.

El COA de igual manera en el art. 126 reconoce a la mediación y al arbitraje como vías alternativas al juicio en caso de controversias de tipo contractual.

3.11. Extractos jurisprudenciales en procesos contencioso administrativos en materia de contratación pública

Con el ánimo de identificar elementos prácticos dentro de la casuística en materia de controversias derivadas de la contratación pública en el Ecuador, a continuación se referencian algunos extractos de la jurisprudencia expedida por la Corte Nacional de Justicia.

❖ PRIMER CASO

Se transcribe el resumen de un caso práctico tomado de la Resolución No. 0530-2013 dentro del Juicio No. 0419-2010, así como un extracto del fallo antes referido en el que podemos inferir algunos aspectos en relación a los requisitos que deben concurrir para suscribir un contrato de consultoría con el estado:

RESUMEN DEL CASO

“El señor Emiliano Esteban Armijos Córdova demandó la ilegitimidad y nulidad de la resolución expedida por el Municipio del cantón San Juan Bosco, mediante la cual se dio por terminado, unilateralmente, el contrato celebrado para la elaboración de los estudios y diseños integrales del alcantarillado pluvial para la comunidad de Pananıza; demandó, además, el cumplimiento del contrato, el pago de daños y perjuicios y la condena en costas. El tribunal de

239 Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública “Art. 104.- Métodos Alternativos de Solución de Controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva.”

instancia estimó que el acto administrativo impugnado se encontraba afectado en su validez, tanto que no contenía la motivación suficiente, lo que llevaba incluso a su ineficacia. En esa virtud, los personeros de la Municipalidad de San Juan Bosco interpusieron recurso de casación, amparándose en las causales primera, tercera y cuarta del artículo 3 de la LC, por considerar vulneradas normas de derecho y porque el fallo, según lo alegado, resolvió asuntos que no habían sido materia del litigio. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, una vez analizados los cargos imputados a la sentencia, sostuvo que se han configurado las causales primera y cuarta, sin que proceda analizar la tercera causal denunciada, y casó la sentencia, declarando válida la resolución materia de la impugnación.

EXTRACTO DEL FALLO

III.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS 3.3.3. A.1) (...) Ahora bien para el efecto hay que considerar que la consultoría se contrató para los estudios y diseños integrales del sistema de alcantarillado pluvial par la comunidad de Pananza y que evidentemente por el sentido y características de la obra el estudio tenía que haber sido realizado por un profesional en ingeniería civil, ya que no es necesario ir más allá para darse cuenta de que otro profesional así sea de la misma rama de la ingeniería, no posee los conocimientos integrales de la materia que permitan elaborar los estudios para cumplir con el objeto que fueron contratados. Es de aclarar que no con esto la Sala estaría afectando el derecho a la libertad al trabajo contemplado en la norma Constitucional, pero si está precautelando el interés de la colectividad al asegurar que los trabajos debieron haberse realizado por un profesional del área de ingeniería civil, en razón de que cada profesional de acuerdo a su especialización podrá atender asuntos relativos a su especialidad ya que no resultaría lógico, verbigracia, que un ingeniero mecánico, por el sólo hecho de contar con un título de tercer nivel en ingeniería, elabore estudios de ingeniería civil como en el presente caso (...)'²⁴⁰.

240 Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución 0530-2013 dentro del Juicio No. 0419-2010. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014. pp. 85, 86, 87, 88.

❖ SEGUNDO CASO

Se transcribe el resumen de un caso práctico tomado de la Resolución No. 0338-2015 dentro del Juicio No. 0290-2013, así como un extracto del fallo antes referido en relación a la Impugnación de inscripción en el Registro de Contratistas Incumplidos o Adjudicatarios Fallidos y reparación de daños y perjuicios materiales y morales, más costas procesales, por efecto de la terminación unilateral de contrato:

RESUMEN DEL CASO:

“El Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Contratación Pública, INCOP, actual Servicio Nacional de Contratación Pública, SERCOP, deduce recurso de casación respecto de la sentencia expedida por el Tribunal Distrital N° 3 de lo Contencioso Administrativo de Cuenca que, en lo principal, acepta la demanda y declara que la acción impugnada no guarda conformidad con el derecho, por tanto su nulidad, y dispone que el recurrente proceda a la reparación de los daños materiales y morales ocasionados al actor de la causa, dentro del juicio propuesto por el señor Manuel Arturo Carvalho Estrella por sus derechos y como representante legal de Constructora Carvalho A.Z. Cía. Ltda., mediante el cual impugna, en lo principal, la inscripción de la parte actora en el Registro de Contratistas Incumplidos o Adjudicatarios Fallidos que realizó el Instituto Nacional de Contratación Pública INCOP, y solicita la reparación de los daños y perjuicios, materiales y morales que se le ha causado así como las costas procesales, en virtud de la declaratoria de terminación anticipada y unilateral del contrato para la reconstrucción, mejoramiento y mantenimiento de la carretera Indanza-Gualaquiza, celebrado entre el Ministerio de Transporte y Obras Públicas y el Consorcio Amazónico, del cual es integrante la Constructora Carvalho A.Z. Cía. Ltda.- La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al considerar que la suspensión del Consorcio Amazónico en el RUP por efecto de la declaratoria de terminación anticipada y unilateral del contrato antes indicado corresponde, también imponerla a los miembros de dicho Consorcio del que es integrante el actor de la causa, acepta el recurso interpuesto, casa la sentencia impugnada y desecha la demanda.

EXTRACTO DEL FALLO:

“...NOVENO.- Para este Tribunal de Casación, es claro que si se analizan las normas del sistema nacional de contratación pública en conjunto, una vez que el Ministerio de Transporte y Obras Públicas emitió la resolución mediante la cual dio por terminado anticipada y unilateralmente el contrato suscrito con el Consorcio Amazónico, correspondía, como en efecto se lo hizo, que dicho Ministerio envíe la documentación probatoria del incumplimiento del referido contratista para que el SERCOP (antes INCOP) acate lo establecido en el artículo 98 de la LOSNCP, que está en concordancia con el numeral 1 del artículo 19 del mismo cuerpo legal, y con el artículo 146 incisos dos y tres del Reglamento a la LOSNCP, y proceda a suspenderle el RUP, suspensión ésta que correspondía también imponerla a los miembros del consorcio, en observancia del artículo 99 de la LOSNCP anteriormente citado...”²⁴¹.

Con la transcripción de los fallos que anteceden, culmina esta breve revisión teórica y práctica de las acciones procesales administrativas reconocidas en el COGEP y que pueden accionarse en la jurisdicción contencioso administrativa, las implicaciones del modelo incorporado por este cuerpo normativo, genera expectativa por la materialización de la oralidad y de la inmediación en estos procesos, los indicadores en términos de administración de justicia eficiente y eficaz tendrán que ser valorados oportunamente.

Los procesos reformatorios por más innovadores que sean, por si solos no garantizan en el ejercicio cotidiano de las relaciones jurídicas los cambios sustanciales en materia de justicia administrativa, el sistema judicial en el Ecuador debe urgentemente recuperar su independencia y autonomía, las prerrogativas estatales que aún se perciben en el COGEP

241 Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución 0338-2015 dentro del Juicio No. 0290-2013. Corte Nacional de Justicia. Jurisprudencia Ecuatoriana Ciencia y Derecho 5ta. Edición Período Enero - Diciembre 2015 Quito - Ecuador. pp. 58, 59.

en función de tutelar los “intereses públicos”, pueden seguirse confundiendo con intereses clasistas que trastocan en su fondo y en su forma el principio de tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares.

Los administradores de justicia en el contencioso administrativo deberán superar los tecnicismos y convencionalismos de la normativa interna y ampliar sus percepciones a las tendencias del derecho administrativo globalizado, asumiendo la inevitable interrelación con otros estados y la adhesión a las leyes supranacionales de las cuales nuestro país es signatario.

Un objetivo del modelo procesal incorporado en nuestro país, es disminuir los tiempos de respuesta del órgano jurisdiccional, no se trata de cumplir indicadores de gestión, sino de hacer efectivo el derecho a obtener justicia sin dilaciones como corresponde dentro de un estado constitucional de derechos y justicia social, históricamente los procesos sometidos a la jurisdicción contencioso administrativa tardaron años en resolverse, una realidad innegable que no puede ni debe persistir, la reivindicación estatal por reconocer y no solo en teoría la afectación de derechos de los administrados tiene que hacerse efectiva con la aplicación irrestricta de la norma jurídica, sin falacias ni burdas actuaciones procesales.

Capítulo IV

DISPOSICIONES COMUNES DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS

“Es bastante más preferible para un pueblo tener malas leyes con buenos jueces, que malos jueces con buenas leyes.” (Francesco Carnelutti)

En éste capítulo se revisan las normas comunes que se deberán observar y aplicar para proponer las acciones sujetas a la jurisdicción contencioso administrativa y que de acuerdo al COGEP deberán sustanciarse en trámite ordinario conforme lo establece su art. 327, con excepción de la acción de pago por consignación, que se tramitará en procedimiento sumario, el mismo que fue revisado anteriormente.

En el Capítulo II del COGEP se trata a cerca de los procedimientos contencioso tributario y contencioso administrativo y en la Sección I se hallan reguladas las disposiciones comunes a estos juicios, correspondiendo en primer término revisar lo atinente a la competencia.

4.1. Competencia

El Código Orgánico General de Procesos en su art. 299 norma lo relacionado con la competencia del órgano jurisdiccional que avocará conocimiento de la acción propuesta, regulando al respecto lo siguiente:

“En las controversias en las que el Estado o las instituciones que comprenden el sector público determinadas por la Constitución, sea el demandado, la competencia se radicará en el órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor. Si es actor, la competencia se fijará en el lugar del domicilio del demandado.”²⁴²

242 Código Orgánico General de Procesos. Art. 299.

Nótese que el Estado y las instituciones que integran el sector público²⁴³ pueden intervenir en calidad de actores o demandados, rompiendo la regla de que en la acción contencioso administrativa la legitimación pasiva siempre la asume la administración pública, una excepción de aquello ya lo tratamos cuando se revisó lo referente a la acción de lesividad donde es el órgano de la administración quien asume la calidad de legitimario activo al comparecer ante el órgano judicial.

El hecho de que la competencia²⁴⁴ entendida como “*la facultad que cada juez o magistrado de la rama jurisdiccional tiene para ejercer la jurisdicción de determinados asuntos y dentro de ciertos asuntos*”²⁴⁵, se radique en el lugar del domicilio del demandado, sin importar si el estado o la institución pública es accionante o accionada, presupone una suerte de garantía para que el administrado o particular pueda acceder a la justicia en la calidad de parte procesal que corresponda, en el lugar de su domicilio, buscando cierto equilibrio en el escenario en el que se va a litigar frente al Estado.

Jurisdicción y competencia tal como lo ha concluido la doctrina, son elementos conexos en materia procesal, “*la jurisdicción es el género y la competencia es la especie*”²⁴⁶; en este contexto no podemos dejar de referirnos brevemente a ambos términos.

243 Constitución de la República del Ecuador “Art. 225.- El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.”

244 Código Orgánico General de Procesos. “Artículo 9.- Competencia territorial. Por regla general será competente, en razón del territorio y conforme con la especialización respectiva, la o el juzgador del lugar donde tenga su domicilio la persona demandada”.

245 MATTIROLO, Luis Tratado de Derecho Judicial Civil, 1ª ed., Edit. Reus, Madrid p. 3.

246 VESCOVI, Enrique. Manual de Derecho Procesal Civil Tomo I Teoría general de proceso, p. 62.

Hernán López Blanco sobre la institución de la jurisdicción expone:

*“Se estima innegable que la jurisdicción es una función, por cuanto otorga, a quienes la ejercen, una serie de poderes y de facultades, e impone a su vez unos deberes y responsabilidades que hacen que la jurisdicción desborde el marco de la potestad, que, por esencia no implica en todos los casos necesariamente esos correlativos deberes y responsabilidades.”*²⁴⁷

Sobre la competencia, el tratadista Rocco advierte que:

*“Es aquella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella.”*²⁴⁸

Con el ánimo de mejorar la comprensión en lo atinente a las reglas de la competencia, resulta ilustrativo citar este extracto de la jurisprudencia Chilena que enfoca directamente este tema:

*“Las reglas de competencia se orientan a determinar cuál será el tribunal competente para conocer de un asunto determinado, pudiendo reconocerse aquellas de carácter general, aplicables a toda clase de materia y tipo de tribunales —de radicación; del grado o jerarquía; de extensión; de prevención o inexcusabilidad y de ejecución— y las especiales, que dicen relación con la competencia de los tribunales que integran el Poder Judicial, pudiendo a su vez distinguirse entre estas, las relativas a la competencia absoluta, esto es, la cuantía, la materia y el fuero personal, y las de competencia relativa, que son aquellas que tienen por objeto determinar de entre tribunales de una misma jerarquía o categoría, cuál de ellos será el competente para conocer de un asunto determinado.”*²⁴⁹

247 LÓPEZ BLANCO, Hernán, Instituciones de derecho procesal civil colombiano, Ed. Dupre editores, 7º Edición, Santafé de Bogotá, 1997, p. 95.

248 ROCCO, Ugo (2002): Derecho Procesal Civil. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria, p. 246.

249 Sentencia Corte Suprema de Chile. 9 de diciembre de 2013. Rol: 9252-2012. Recurso de casación en la forma y en el fondo en causa “Adm. de Inv. y Sup. Unimarc S.A. con Empresa de Servicios Sanitarios del Bío Bío S.A., Interagro Comercio y Ganado S.A.

El órgano jurisdiccional del lugar del domicilio de la o del actor son los jueces que integran el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, conforme lo establece el art. 216 del Código Orgánico de la Función Judicial y sus atribuciones las determinadas en el art. 217 del mismo cuerpo normativo.

*“Art. 216.- COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.- Existirán tribunales de lo contencioso administrativo en los distritos que determine el Consejo de la Judicatura, el cual establecerá el número de salas, la sede y espacio territorial en que ejerzan su competencia.”*²⁵⁰

El domicilio para profundizar en el análisis del art. 299, ha sido definido como *“el lugar donde una persona ha establecido el asiento principal de su morada y de sus negocios.”*²⁵¹

4.2. Objeto de la jurisdicción contencioso administrativa

El art. 300 del Código Orgánico General de Procesos tiene relación con el objeto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Contencioso Tributaria, detallándose en forma precisa dos importantes fines que dentro del proceso se buscan concretar.

“Artículo 300.- Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa. No serán

250 Código Orgánico de la Función Judicial Art. 216.

251 PLANIOL, M. *Traité élémentaire de droit civil*. Tome premiere. Sexta edición, Paris, Francia, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. DurandAuzias, 1951.

*admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas.*²⁵²

Es inconfundible el objeto de la jurisdicción contencioso administrativa²⁵³, por una parte se identifica el propósito de cumplir con dos principios, el de tutela judicial efectiva y el de control de legalidad de los actos emanados de la administración pública; el primer principio se enmarca dentro de lo preceptuado en nuestra Carta Magna en su art. 75 y que indica que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión; señalando además que el incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley.

Este principio de tutela judicial efectiva tiene íntima relación con el derecho que nos asiste a todas las personas a no quedarnos en estado de indefensión, que como lo plantea Díez Picazo, citado por Aquilina Sánchez Rubio, implica “*sufrir en el seno del proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales del derecho de defensa—alegación y/o prueba— a lo largo del mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes*”²⁵⁴; se armoniza el derecho de tutela con el derecho a la jurisdicción, que nos garantiza la posibilidad de comparecer ante un órgano judicial con el objetivo de que se resuelva una situación de afectación de nuestros derechos.

El control de legalidad como se ha manifestado, le conmina al juzgador a revisar la actuación del órgano de la administración que ha expresado

252 Código Orgánico General de Procesos Art. 300.

253 “*Al efecto, es necesario recordar que la jurisdicción contencioso administrativa existe para equilibrar las prerrogativas o potestades estatales y los derechos de los ciudadanos, haciendo un necesario control y tutela de derechos de los ciudadanos, sin perder de vista el bien común.*” Dra. María del Carmen Jácome Ordóñez. La prueba en el proceso contencioso administrativo. Aportes al Derecho Boletín Institucional Julio - agosto 2016 Nro. 24 Corte Nacional de Justicia p. 4.

254 SÁNCHEZ RUBIO, Aquilina Anuario de la Facultad de Derecho, ISSN 0213-988-X. vol. XXI, 2003, p. 603.

su voluntad de derecho público a través de las distintas formas administrativas (actos, hechos, contratos administrativos, actos normativos).

Otro de los diversos aspectos de la relación jurídico administrativa que es objeto de la jurisdicción contencioso administrativa, es resolver lo atinente a la desviación de poder, que definido por Hauriou, es *“el hecho de una autoridad administrativa que realizando un acto de su competencia con observancia de las normas prescriptas y no incurriendo en violación formal de ley, usa su poder con fines y por motivos distintos de aquellos en vista de los cuales le fue conferido tal poder; es decir, distintos del bien del servicio.”*²⁵⁵

Queda establecida en la norma materia de análisis la extinción del reclamo en sede administrativa una vez que se haya deducido la acción contenciosa, sin esclarecerse sin con el reclamo se hace alusión al recurso administrativo, considerando que entre reclamo y recurso administrativo existen diferencias dentro del procedimiento administrativo.

4.3. La administración pública

El artículo 301 del Código Orgánico General de Procesos define cuales son las instituciones que forman parte de la Administración Pública en el Ecuador, en mérito de establecer que órgano de la administración puede comparecer como parte procesal a la jurisdicción contencioso administrativa; refiriendo la norma que se entenderá que forman parte de la administración pública todos aquellos organismos señalados en la Constitución.

Sin alejarnos del contexto de la norma constitucional y a sabiendas de la amplitud y complejidad que entraña la definición de administración, revisemos brevemente la consideración de Marienhoffen que la define *“como una de las funciones esenciales del Estado, es controvertida en el terreno doctrinario. Las opiniones son harto diversas o variadas. No sólo se requiere caracterizar la Administración frente a las otras funciones esenciales legislación y justicia, sino que, además, corresponde optar por el punto de vista en que será considerada: el objetivo,*

255 HAURIUO, *Precis de Droit Administratio*, 10ª Ed., París, 1921, p. 455.

substancial o material, o el punto de vista subjetivo u orgánico”²⁵⁶; complementariamente a lo dicho por el autor, es necesario tener presente que de acuerdo al art. 227 de la nuestra Constitución:

*“La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación.”*²⁵⁷

Conforme lo establece el art. 225 de la Carta magna, el sector público se encuentra integrado por:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

No se puede omitir el estrecho vínculo que hay entre la administración pública y el derecho administrativo, su relación que atiende a factores objetivos y subjetivos se visualiza desde distintos ámbitos, como la estructura y el andamiaje institucional, el marco de competencias de la autoridad pública, la prestación del servicio, la potestad sancionadora;

Sobre este particular explica Puigpelat que: *“naturalmente, Derecho administrativo y Administración pública no son sinónimos. Pero se encuentran estrechamente*

256 MARIENHOFF, Miguel S. Tratado De Derecho Administrativo. Tomo I Administración Pública. Derecho Administrativo. Estado y Administración Pública. Organización administrativa p. 40.

257 Constitución de la República del Ecuador Art. 227.

vinculados. La doctrina administrativista ha coincidido siempre en considerar que el Derecho administrativo es el conjunto de normas jurídicas reguladoras de la Administración pública. La doctrina, por tanto, de modo casi unánime, ha sostenido siempre que el objeto del conjunto normativo aludido con la expresión «Derecho administrativo» es la Administración pública; así, lo que deba entenderse por Derecho administrativo dependerá de lo que se entienda por Administración pública. Ello explica que la búsqueda del concepto de Derecho administrativo haya consistido, en buena medida, en la búsqueda del concepto de Administración pública.»²⁵⁸

El inciso tercero del art. 301 incorpora la sujeción a la jurisdicción contencioso administrativo de las empresas privadas que por tener la calidad de concesionarios o delegatarios del estado presten servicios públicos; entonces, si una de estas personas jurídicas de derecho privado, causa perjuicios por acción u omisión durante la administración, prestación, ejecución de la obra o el servicio, podrá ser demandada en dicha jurisdicción.

4.4. Legitimación activa

La legitimidad procesal diferente a la capacidad jurídica, lo advierte Pallares “*es la facultad de poder actuar en el proceso como actor, como demandado o como tercero, o representando a éstos*”²⁵⁹; dentro de la controversia se identifican la legitimación activa y la pasiva;

El legitimado activo es quien propone la demanda, en este caso quien deduce la acción contencioso administrativa, “*por legitimación activa se entiende la potestad legal para acudir al órgano jurisdiccional con la petición de que inicie la tramitación del juicio o de una instancia.*”²⁶⁰

258 PUIGPELAT, Oriol Mir. El Concepto de Derecho Administrativo desde una Perspectiva Lingüística y Constitucional. Revista de Administración Pública Núm. 162. Septiembre-diciembre 2003, p. 61.

259 PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, 2a. Ed., México. Porrúa. p. 467.

260 DÍAZ BARRIGA, Mercedes Campos. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM www.juridicas.unam.mx Capítulo XIV Consideraciones Procesales I. La legitimación procesal.

El Art. 303 del COGEP determina quienes tienen legitimidad para presentar las diferentes acciones contencioso administrativas reconocidas en los números del 1 al 4 del art. 326²⁶¹ del mismo cuerpo normativo, teniendo dicha calidad quienes a continuación se detallan:

“1. La persona natural o jurídica que tenga interés directo en demandar la nulidad o ilegalidad de los actos administrativos o los actos normativos de la administración pública, ya sea en materia tributaria o administrativa.

2. Las instituciones y corporaciones de derecho público y las empresas públicas que tengan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, siempre que la acción tenga como objeto la impugnación directa de las disposiciones tributarias o administrativas, por afectar a sus intereses.

3. La o el titular de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento jurídico, que se considere lesionado por el acto o disposición impugnados y pretenda el reconocimiento de una situación jurídica individualizada o su restablecimiento.

4. La máxima autoridad de la administración autora de algún acto que, en virtud de lo prescrito en la ley, no pueda anularlo o revocarlo por sí misma.

5. La persona natural o jurídica que pretenda la reparación del Estado cuando considere lesionados sus derechos ante la existencia de detención arbitraria, error judicial,

261 Código Orgánico General de Procesos “Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones; 1. La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que produzcan efectos jurídicos directos. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos. 2. La de anulación objetiva o por exceso de poder que tutela el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, de carácter administrativo y puede proponerse por quien tenga interés directo para deducir la acción, solicitando la nulidad del acto impugnado por adolecer de un vicio legal. 3. La de lesividad que pretende revocar un acto administrativo que genera un derecho subjetivo a favor del administrado y que lesiona el interés público. 4. Las especiales de: a) El silencio administrativo. b) El pago por consignación cuando la o el consignador o consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República. c) La responsabilidad objetiva del Estado. d) La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado conforme con la ley. e) Las controversias en materia de contratación pública. f) Las demás que señale la ley.”

retardo injustificado, inadecuada administración de justicia o violación del derecho a la tutela judicial efectiva por violaciones al principio y reglas del debido proceso.

6. La persona natural o jurídica que se considere lesionada por hechos, actos o contratos de la administración pública.

7. Las sociedades en los términos previstos en la ley de la materia.”²⁶²

Se observa que el legitimado activo puede adecuar su acción conforme a la naturaleza de su pretensión, en el caso del numeral 1 del art. 303 queda claro que el actor podrá deducir la acción de plena jurisdicción o subjetiva, o en el caso del numeral 4, quien comparece es la propia administración para hacer efectiva la acción de lesividad, o para demandar en calidad de consignador, la entrega de un valor a otra persona.

4.5. Legitimación pasiva

Tiene la calidad de legitimado pasivo dentro del proceso, aquel contra quien se propone la acción contencioso administrativa, es decir el demandado; al respecto el art. 30 del COGEP menciona:

“Art. 30.- Las partes El sujeto procesal que propone la demanda y aquel contra quien se intenta son partes en el proceso. La primera se denomina actora y la segunda demandada. Las partes pueden ser:

- 1. Personas naturales.*
- 2. Personas jurídicas,*
- 3. Comunidades, pueblos, nacionalidades o colectivos.*
- 4. La naturaleza.”²⁶³*

“La legitimación pasiva es la legitimación de una persona contra la que se endereza una demanda para poder actuar en el juicio, dado que se está entablando en su contra

262 Código Orgánico General de Procesos Art. 303.

263 Código Orgánico General de Procesos Art. 30.

y tiene la necesidad de defenderse jurídicamente, independientemente de que sea aquélla que tiene a su cargo el cumplimiento de la obligación demandada la que si no lo es, no está legitimada pasivamente ad causam para responder del cumplimiento de la obligación que se demanda.”²⁶⁴

De conformidad con el Art. 304 del COGEP la acción contencioso administrativa se podrá proponer contra las siguientes personas:

“1. La autoridad o las instituciones y entidades del sector público de quien provenga el acto o disposición a que se refiere la demanda.

2. La o el director, delegado o jefe de la oficina u órgano emisor del título de crédito, cuando se demande su nulidad o la prescripción de la obligación tributaria o se proponga excepciones al procedimiento coactivo.

3. La o el funcionario recaudador o el ejecutor, cuando se demande el pago por consignación o la nulidad del procedimiento de ejecución.

4. Las personas naturales o jurídicas a cuyo favor deriven derechos del acto o disposición en los casos de la acción de lesividad.

5. Las personas naturales o jurídicas que hayan celebrado contratos con el Estado.”²⁶⁵

4.6. Comparecencia

En el Art. 305 del COGEP se regula lo referente a la comparecencia al proceso contencioso administrativo de la autoridad u órgano de la administración pública, señalándose lo siguiente:

“La autoridad competente de la institución de la administración pública que interviene como parte o el funcionario a quien se delegue por acto administrativo, podrán designar, mediante oficio, al defensor que intervenga como patrocinador de la defensa

²⁶⁴ Legitimación pasiva ad causam y ad procesum”, Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Sa. época, t. IV, segunda parte I, p. 312.

²⁶⁵ Código Orgánico General de Procesos Art. 304.

*de los intereses de la autoridad demandada. Tal designación surtirá efecto hasta la terminación de la causa, a no ser que se lo sustituya.”*²⁶⁶

Se infiere que la autoridad pública demandada podrá designar mediante oficio a su abogado, que generalmente es el funcionario de asesoría jurídica de la institución, para que asuma la defensa en los procesos incoados en contra de la entidad, el mismo que podrá ser sustituido en cualquier estado del proceso; conforme lo establece el art. 42 del COGEP, la procuración judicial²⁶⁷ podrá conferirse por oficio, en el caso de entidades públicas o mediante escrito reconocido conforme con la ley, ante la o el juzgador del proceso.

Como se trata de acciones legales propuestas en contra del Estado o de sus instituciones, se observará lo dispuesto en el Art. 5 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado:

*“Art. 5.- Del ejercicio del patrocinio del Estado.- Para el ejercicio del patrocinio del Estado, el Procurador General del Estado está facultado para: (...) a) Proponer acciones legales en defensa del patrimonio nacional y del interés público; contestar demandas e intervenir en las controversias que se sometan a la resolución de los órganos de la Función Judicial, de tribunales arbitrales y de tribunales o instancias con jurisdicción y competencia en los procedimientos administrativos de impugnación o reclamos, sea como actor, demandado o tercerista, sin limitaciones, en los procesos o procedimientos que interesen al Estado y a las entidades u organismos del sector público, en la forma establecida en esta Ley; (...).”*²⁶⁸

266 Código Orgánico General de Procesos. Art. 305.

267 Código Orgánico General de Procesos “Art. 41.- Procuradoras y procuradores judiciales. Son las o los mandatarios que tienen poder para comparecer al proceso por la o el actor o la o el demandado. Las personas que pueden comparecer al proceso por sí mismas son hábiles para nombrar procuradoras o procuradores. Aun cuando haya procuradora o procurador en el proceso, se obligará a la o al mandante a comparecer, siempre que tenga que practicar personalmente alguna diligencia, como absolver posiciones, reconocer documentos u otros actos semejantes. Cuando la naturaleza de la diligencia lo permita, la o el juzgador autorizará que la comparecencia de la o el mandante se realice mediante video conferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología. Si se halla fuera del lugar del proceso, se librará deprecatorio o comisión, en su caso, para la práctica de tal diligencia. Si se encuentra fuera del país se librará exhorto. Art. 42.- Constitución de la procuración judicial. La procuración judicial se constituirá únicamente a favor de una o un defensor que no se encuentre inserto en alguna de las prohibiciones previstas en la ley.”

268 Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 5.

El art. 305 del COGEP que se analiza, refiere que en aquellas acciones o procedimientos en los que deba intervenir directamente la o el Procurador General del Estado se procederá conforme con la ley; se colige que deberá actuarse de acuerdo a lo dispuesto en el art. 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que señala en forma expresa las funciones privativas de la autoridad en referencia y que al tenor de la norma en mención son:

“a) Ejercer el patrocinio del Estado y de sus instituciones de conformidad con lo previsto en la ley;

b) Representar al Estado y a los organismos y entidades del sector público que carezcan de personería jurídica, en defensa del patrimonio nacional y del interés público;

c) Supervisar los juicios que involucren a las entidades del sector público que tengan personería jurídica o a las personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público; (...)”²⁶⁹

4.7. Oportunidad para presentar la demanda

El Art. 306 del Código Orgánico General de Procesos establece los plazos y los términos para la interposición de las acciones contencioso administrativas; si bien nuestra normativa no ha establecido una distinción sustancial en cuanto al plazo y al término porque en todo caso entendemos que no es función propia de la norma conceptualizar las instituciones, el Art. 73 del COGEP dice:

“Se entiende por término al tiempo que la ley o la o el juzgador determinan para la realización o práctica de cualquier diligencia o acto judicial. Los términos correrán en días hábiles.”

Toda diligencia iniciará puntualmente en el lugar, día y hora señalados.

269 Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado Art. 3.

Para el ejercicio de las acciones se respetarán los términos o plazos previstos en este Código y en la ley.”²⁷⁰

La doctrina por su parte ha planteado algunas especificaciones al respecto, explicando *“que el plazo es el lapso, el periodo o el intervalo de tiempo que corre entre dos momentos, mientras que el término es el límite que culmina ese plazo. De esta manera el plazo es el lapso de tiempo que transcurre hasta un término y el término es el momento cierto o determinado en el que culmina un plazo; en otras palabras, el “término es, pues, un punto límite, en cambio el plazo es un lapso.”²⁷¹*

Revisemos a continuación lo determinado en el art. 306 del COGEP respecto de la oportunidad para presentar la demanda:

“1. En los casos en que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado.

2. En los casos de acción objetiva o de anulación por exceso de poder, el plazo para proponer la demanda será de tres años, a partir del día siguiente a la fecha de expedición del acto impugnado.

3. En casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, se podrá proponer la demanda dentro del plazo de cinco años.

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

5. En las acciones contencioso tributarias de impugnación o directas, el término para demandar será de sesenta días desde que se notificó con el acto administrativo tributario o se produjo el hecho o acto en que se funde la acción.

270 Código Orgánico General de Procesos Art. 73.

271 GRONDA, Diccionario Jurídico, cit., p. 273.

6. Las acciones de pago indebido, pago en exceso o devoluciones de lo debidamente pagado se propondrán en el plazo de tres años desde que se produjo el pago o desde la determinación, según el caso.

7. Las demás acciones que sean de competencia de las o los juzgadores, el término o plazo será el determinado en la ley de acuerdo con la naturaleza de la pretensión.”²⁷²

Quedan establecidos en forma expresa los términos y plazos para la presentación de las acciones contenciosas, a excepción de las demás acciones a las que se refiere el número 7, en las que en forma subsidiaria deberá observarse el tiempo determinado en la ley y atendiendo lo que el legislador ha referido como la naturaleza de la pretensión; se observa que en el caso de la acción de pago por consignación y la acción por responsabilidad objetiva del estado, no se ha normado en forma expresa el término para presentar la demanda.

Es importante señalar que en el juicio ordinario, la demanda que contiene la acción contencioso administrativa será calificada²⁷³ en el término máximo de cinco días, siendo el caso de que si no cumple con los requisitos previstos en el COGEP, se dispondrá que se la complete o aclare en el término de tres días y de no hacerlo se ordenará su archivo.

4.8. Prescripción

Ha sido un criterio uniforme el afirmar que en materia administrativa es erróneo hablar de prescripción, cuando lo pertinente es utilizar el término

272 Código Orgánico General de Procesos Art. 306.

273 Código Orgánico General de Procesos “Art. 146.- Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias.”

caducidad²⁷⁴, por cuanto lo que expira procesalmente es el derecho de accionar; *“Cuando se alega la extinción de derecho sustancial, se trata de excepción de prescripción; cuando solo se alega la extinción de un derecho de iniciar un proceso se trata de caducidad.”*²⁷⁵

El Art. 307 del COGEP hace alusión a la prescripción de las acciones a deducirse en la jurisdicción contencioso administrativa, estableciendo lo siguiente:

*“En el caso de las demandas presentadas ante las o los juzgadores de lo contencioso tributario y de lo contencioso administrativo o en aquellas materias especiales que según su legislación contemplen la prescripción del derecho de ejercer la acción, la o el juzgador deberá verificar que la demanda haya sido presentada dentro del término que la ley prevé de manera especial. En caso de que no sea presentada dentro de término, inadmitirá la demanda.”*²⁷⁶

Nótese que la norma se refiere a la prescripción del derecho de ejercer la acción, lo cual deriva en una imprecisión posiblemente por falta de técnica de redacción legislativa, pues queda claro que lo que se extingue es el derecho del demandante para presentar la acción contenciosa, por encontrarse fuera del periodo (término o plazo) establecido en la ley.

274 “La caducidad ocurre por la inoperancia del demandante durante un determinado período de tiempo. (...) la caducidad no es un acto sino un simple hecho. La eficacia jurídica procesal de la misma no tiene en cuenta la voluntad del demandante sino un simple hecho: el transcurso del término señalado por la ley. (...) La caducidad puede declararse de oficio o a petición de parte. Teniendo en cuenta el carácter de instrucción del proceso administrativo, evidentemente el Tribunal ha de poder declarar de oficio la caducidad cuando ha vencido el término fijado por la ley. (...) vencido el término señalado por la ley para que se declare la caducidad, el demandante no puede interponer la acción (...) La caducidad de la acción no significa la invalidez del acto (...) si el plazo para iniciar la acción coincide con el de la caducidad, transcurrido este término caducan la acción y la instancia.” Manuel María Díez, Derecho Administrativo, Tomo VI, Editorial Plus Ultra, Buenos Aires-Argentina, 1972, pp. 152 a 155.

275 DEVIS ECHANDIA, Hernando Compendio de Derecho Procesal, Tomo III, Segunda Edición, p. 98.

276 Código Orgánico General de Procesos Art. 307.

Sobre este particular existe precedente jurisprudencial declarado por la Corte Nacional de Justicia mediante Resolución No. 13-2015 que en su art. 1 declara:

“Artículo 1.- Confirmar el criterio expuesto por la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y aprobar el informe expedido por el Presidente de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia; en consecuencia, dado que la caducidad es una figura propia del Derecho Público que opera ipso jure, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso; declara la existencia del siguiente precedente jurisprudencial obligatorio por la triple reiteración de fallos sobre un mismo punto de derecho, en el siguiente sentido:

a) Los jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, mediante auto definitivo inadmitirán a trámite la demanda, cuando verifiquen que se produjo la caducidad del ejercicio del derecho para presentar la demanda en la vía contencioso administrativa. Este auto es susceptible de recurso de casación;

b) Operada la caducidad a petición de parte o de oficio, mediante auto o sentencia, al juzgador de instancia o casación le está vedado entrar a considerar otros aspectos procesales para pronunciar sentencia de fondo o mérito;(...).”²⁷⁷

Adicionalmente la disposición del art. 307 que se analiza menciona que el juzgador observará si la demanda ha sido presentada dentro del término, omitiendo que para algunas acciones contenciosas se ha establecido plazos para su presentación, por ejemplo en el caso de la acción objetiva de anulación o en el caso de la acción que se propone en tratándose de las controversias derivadas de la contratación pública.

²⁷⁷ Precedente Jurisprudencial Corte Nacional De Justicia Del Ecuador. Resolución No. 13-2015 Primer Suplemento del Registro Oficial No. 621, de 5 de noviembre de 2015.

4.9. Requisitos de la demanda

El Art. 308 del COGEP describe los requisitos que debe contener la demanda en los siguientes términos:

*“Cuando se trate de procesos contencioso tributarios y contencioso administrativos, además de cumplir los requisitos previstos para la demanda en las normas generales de este Código, se adjuntará la copia de la resolución, del acto administrativo, del contrato o disposición impugnados, con la razón de la fecha de su notificación a la o al interesado y la relación circunstanciada del acto o hecho impugnado.”*²⁷⁸

De acuerdo al art. 142 del COGEP la demanda²⁷⁹ debe presentarse por escrito y debe contener los siguientes requisitos:

“Art. 142.- Contenido de la demanda²⁸⁰. La demanda se presentará por escrito y contendrá:

“1. La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.

2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección

278 Código Orgánico General de Procesos Art. 308

279 Código Orgánico General de Procesos *“Art. 141.- Inicio del proceso. Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código.”*

280 Código Orgánico General de Procesos. *“Art. 143.- Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos; 1. El poder para intervenir en el proceso, cuando se actúe por medio de apoderada o apoderado o de procuradora o procurador judicial. 2. Los habilitantes que acrediten la representación de la o del actor, si se trata de persona incapaz. 3. Copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Único de Contribuyentes de la o del actor. 4. La prueba de la calidad de heredera o heredero, cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con que actúe la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia. 5. Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación. 6. En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio. 7. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso.”*

domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.

3. El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.

4. Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.

5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.

6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.

7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.

8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

9. La pretensión clara y precisa que se exige.

10. La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.

11. La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.

12. Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el

actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.

*13. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso.*²⁸¹

Se pueden comentar algunas cuestiones alrededor de los requisitos que debe contener el escrito de demanda;

1. No se admite demanda verbal, expresamente la norma indica que deberá ser presentada por escrito.
2. Debe especificarse la identificación de la autoridad es decir del Tribunal de lo Contencioso Administrativo que es ante quien se propone la demanda.
3. Debe señalarse los generales de ley del actor, es decir las referencias principales sobre su identidad; casilla judicial o electrónica de su defensor; respecto de esto último, el Art. 66 del COGEP indica que: *“las partes, al momento de comparecer al proceso, determinarán dónde recibirán las notificaciones. Son idóneos los siguientes lugares: el casillero judicial, domicilio judicial electrónico, correo electrónico de una o un defensor legalmente inscrito o el correo electrónico personal.”*²⁸²
4. Debe consignarse el número de RUC en los casos en los que la legitimación activa la ostente una persona natural o jurídica sujeta de obligación tributaria. El RUC conforme lo establece la normativa tributaria *“es un instrumento que tiene por función registrar e identificar a los contribuyentes con fines impositivos y como objeto proporcionar información a la Administración Tributaria.”*²⁸³

281 Código Orgánico General de Procesos Art.142.

282 Código Orgánico General de Procesos Art. 66.

283 Codificación de la Ley del Registro Único de Contribuyentes Art. 1.

5. Los fundamentos de hecho relatan los incidentes que han dado lugar a la acción, como lo precisa Enrique Silva Cimma (2004), “*son las circunstancias materiales o fácticas que anteceden y justifican la emisión del acto administrativo.*” agrega el tratadista_ “*Que el motivo o la motivación de hecho significa que debe ser real y efectivo, vale decir, que sea concreto y cierto. De darse la situación contraria, se tipificaría la falsedad del motivo, lo que ameritaría para demandar la nulidad del acto administrativo.*”; y los fundamentos de derecho que adecuan los hechos relatados a las disposiciones normativas, con lo que se justifica la procedencia de la acción.
6. El anuncio de la prueba es un elemento medular dentro del nuevo sistema procesal incorporado por el COGEP, que procura darle celeridad y eficacia al juicio; el Doctor **José García Falconí** refiere que “*se entiende por anuncio de medios de prueba, aquel acto procesal mediante el cual las partes enuncian con fundamento y entregan el material probatorio que se comprometen a reproducir como sustento de sus pretensiones en la audiencia previa oral.*”²⁸⁴
7. La pretensión deberá indicar con exactitud qué es lo que se pide a la autoridad a través de la acción incoada, en la jurisdicción contencioso administrativa algunas de las pretensiones pueden ser la anulación del acto administrativo impugnado, el reconocimiento del derecho subjetivo vulnerado o la reparación del daño; Carnelutti menciona que la pretensión “*es la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio*”,²⁸⁵ en la misma línea Couture opina que es “*la auto atribución de un derecho por parte de un sujeto que, invocándolo, pide concretamente se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica.*”²⁸⁶

284 GARCÍA FALCONÍ, José. Ofrecimiento de la Prueba en el COGEP Revista Judicial derechoecuador.com.

285 CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, t. I, Buenos Aires, Uteha, 1944, p. 44.

286 COUTURE, Eduardo. Fundamentos del derecho procesal civil, Buenos Aires, Edic., Depalma, 1958, p. 72.

8. La cuantía²⁸⁷ de acuerdo a la definición que Manuel Ossorio propone es *“la cantidad a que asciende el importe total de lo reclamando en la petición formulada en la demanda de los juicios ordinarios, excepción hecha de las costas. La cuantía decide en ocasiones la competencia del tribunal y la mayor o menor rapidez del procedimiento.”*²⁸⁸
9. Respecto de la especificación del procedimiento, se ha delimitado en forma precisa el trámite en el que se va a sustanciar el juicio contencioso administrativo, que conforme lo determina el Artículo 327²⁸⁹ del Código Orgánico General de Procesos es el procedimiento ordinario, con dos excepciones en caso de las acciones por silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario.

El artículo 289 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) en forma expresa señala *“que se tramitarán por el procedimiento ordinario todas aquellas pretensiones que no tengan previsto un trámite especial para su sustanciación.”*²⁹⁰

287 Código Orgánico General de Procesos “Art. 144.- Determinación de la cuantía. Para la determinación de la cuantía se seguirán las siguientes reglas: 1. Para fijar la cuantía de la demanda, se tomarán en cuenta los intereses líquidos del capital, los que estén pactados en el documento con que se proponga la demanda y los frutos que se han liquidado antes de proponerla. 2. Cuando la demanda verse sobre derechos de valor indeterminado que se refieran a cosas susceptibles de apreciación, se fijará la cuantía atendiendo el precio de las cosas. 3. En los procesos provenientes de arrendamiento, la cuantía se determinará por el importe de la pensión de un año o por lo que valga en el tiempo estipulado, si este es menor. 4. En los procesos de alimentos se fijará la cuantía atendiendo al máximo de la pensión reclamada por la o el actor durante un año. 5. En materia laboral se cuantificará cada una de las pretensiones de la o del actor para establecer la cuantía. 6. La cuantía será indeterminada únicamente cuando trate de asuntos no apreciables en dinero o que no se encuentren previstos en los incisos anteriores.”

288 Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales 1ª Edición Electrónica

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

290 Código Orgánico General de Procesos. Art. 289.

10. En el juicio ordinario, la demanda que contiene la acción contencioso administrativa será calificada²⁹¹ en el término máximo de cinco días, siendo el caso de que si no cumple con los requisitos previstos en el COGEP, se dispondrá que se la complete o aclare en el término de tres días y de no hacerlo se ordenará su archivo.

4.10. Término para la contestación a la demanda

El art. 309 del COGEP menciona quela contestación a la demanda se hará en el término previsto en este Código;

En consonancia con el art. 291 del mismo cuerpo legal, el demandado tendrá treinta días para presentar la contestación a la demanda, y en casos de reconvencción el juzgador en los tres días siguientes notificará y concederá al actor treinta días para contestar la reconvencción.

La contestación a la demanda en este primer momento se realiza por escrito en los términos del art. 151²⁹² del código en referencia y de acuerdo al art. 152²⁹³ del mismo cuerpo legal:

“La parte demandada al contestar la demanda deberá anunciar todos los medios probatorios destinados a sustentar su contradicción, precisando toda la información que sea necesaria para su actuación. A este efecto, se acompañará la nómina de testigos

291 Código Orgánico General de Procesos “Art. 146.- Calificación de la demanda. Presentada la demanda, la o el juzgador, en el término máximo de cinco días, examinará si cumple los requisitos legales generales y especiales que sean aplicables al caso. Si los cumple, calificará, tramitará y dispondrá la práctica de las diligencias solicitadas. Si la demanda no cumple con los requisitos previstos en este Código, la o el juzgador dispondrá que la o el actor la complete o aclare en el término de tres días, si no lo hace, ordenará el archivo y la devolución de los documentos adjuntados a ella, sin necesidad de dejar copias.”

292 Código Orgánico General de Procesos “Art. 151.- Forma y contenido de la contestación. La contestación a la demanda se presentará por escrito y cumplirá, en lo aplicable, los requisitos formales previstos para la demanda. La parte demandada deberá pronunciarse en forma expresa sobre cada una de las pretensiones de la parte actora, sobre la veracidad de los hechos alegados en la demanda y sobre la autenticidad de la prueba documental que se haya acompañado, con la indicación categórica de lo que admite y de lo que niega. Deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión de su fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar. (...)”

293 Código Orgánico General de Procesos Art. 152.

indicando los hechos sobre los cuales deberán declarar y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otros similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, indicando con precisión el lugar en que se encuentran y solicitando las medidas pertinentes para su incorporación al proceso.”

Se mencionó en líneas anteriores que en un primer momento el accionado presentará su contestación por escrito, en razón de que de acuerdo al número 3 del art. 294 del COGEP relacionado con el desarrollo de la audiencia preliminar, el demandado podrá intervenir presentado en forma oral los fundamentos de su contestación, al respecto:

“La o el juzgador ofrecerá la palabra a la parte actora que expondrá los fundamentos de su demanda. Luego intervendrá la parte demandada, fundamentando su contestación y reconviniendo de considerarlo pertinente. Si la parte actora es reconvenida, la o el juzgador concederá la palabra para que fundamente su contestación. Si se alegan hechos nuevos, se procederá conforme a este Código.”²⁹⁴

En una ligera retrospectiva de acuerdo a lo que establecía la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, importante resulta señalar que de acuerdo al procedimiento anterior, con la contestación de la demanda se mandaba a notificar al actor y en la misma providencia, refería el Art. 38 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que de haber hechos que deban justificarse, se abrirá la causa a prueba por el término de diez días, durante el cual se practicaban las diligencias probatorias solicitadas; es decir no había contradicción, no existía intermediación entre las partes y el juez, no se admitía una audiencia preliminar, para discutir aspectos de relevancia procesal inherentes a la validez del procedimiento, a la determinación del objeto de la controversia y otras cuestiones que podían afectar su validez.

Incluso el art. 37 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa aludida establecía lo siguiente: “*Si el demandado no contestare la demanda dentro*

294 Código Orgánico General de Procesos Art. 294, numeral 3.

del término concedido para el efecto, a solicitud del actor, será declarado en rebeldía; se le hará conocer esta providencia y no se contará más con él. Pero si el rebelde compareciere, se lo oirá, y tomará la causa en el estado en que la encuentre.”²⁹⁵

Respecto de las excepciones que puede deducir el demandado en el proceso contencioso administrativo a diferencia del procedimiento anterior contenido en la Ley de la jurisdicción Contencioso Administrativo, se encuentran delimitadas éstas con precisión en el artículo 153 del COGEP, estableciéndose que únicamente se podrán deducir como excepciones previas las siguientes:

- “1. Incompetencia de la o del juzgador*
- 2. Incapacidad de la parte actora o de su representante*
- 3. Falta de legitimación en la causa de la parte actora o la parte demandada, cuando surja manifestamente de los propios términos de la demanda*
- 4. Error en la forma de proponer la demanda, inadecuación del procedimiento o indebida acumulación de pretensiones*
- 5. Litispendencia*
- 6. Prescripción*
- 7. Caducidad*
- 8. Cosa juzgada*
- 9. Transacción*
- 10. Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación.*”²⁹⁶

²⁹⁵ Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Art. 37.

²⁹⁶ Código Orgánico General de Procesos Art. 153.

Con el sistema de audiencias es factible que se puedan resolver con efectividad las excepciones previas propuestas, esto indudable que permite sanear el proceso, acreditar validez, simplificar los tiempos de respuesta del juzgador, contribuye a generar fallos de calidad.

Durante la audiencia preliminar el juzgador puede revisar y resolver si hay excepciones previas subsanables o no subsanables, las primeras tienen relación con la falta de capacidad, falta de personería, o incompleta conformación del litis consorcio, siendo en este caso procedente mediante auto interlocutorio, conceder un término para subsanar el defecto tal como lo determina el número 3²⁹⁷ del artículo 295 del COGEP; ahora en el caso de las excepciones previas no subsanables como la caducidad, la litispendencia o existencia de convenio arbitral, en caso de ser aceptadas, se declarará sin lugar la demanda y se archivará, conforme lo establece el número 1²⁹⁸ del artículo 295 del código antes citado;

En esta parte resulta importante atender el criterio de la Corte Nacional de Justicia expuesto mediante Resolución No. 12-2017 respecto de las excepciones previas no subsanables de naturaleza exclusivamente procesal:

“Podemos señalar que existen excepciones previas no subsanables de naturaleza exclusivamente procesal como la incompetencia, error en la forma de proponer la demanda, indebida acumulación de pretensiones o litispendencia que el juzgador al acogerlas debe resolver mediante auto interlocutorio que pone fin al proceso. Pero también existen excepciones previas no subsanables que no se refieren a una cuestión exclusivamente procesal sino que su naturaleza implica una cuestión sustancial del proceso como prescripción, caducidad, cosa juzgada, transacción o existencia de convenio, compromiso arbitral

297 Código Orgánico General de Procesos “Art. 295, numeral 3. Si se aceptan las excepciones de falta de capacidad, de falta de personería o de incompleta conformación del litis consorcio se concederá un término de diez días para subsanar el defecto, bajo apercibimiento de tener por no presentada la demanda y de aplicarse las sanciones pertinentes.”

298 Código Orgánico General de Procesos “Art. 291, numeral 1. Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo.”

*o convenio de mediación; que de encontrarse procedentes, el juzgador debería aceptarlas mediante sentencia*²⁹⁹

De igual manera, me parece pertinente al tratar sobre este importante momento procesal como lo es la audiencia preliminar, referenciar lo que la Corte Nacional de Justicia ha señalado en relación a las consultas que han surgido respecto de cuál es el momento procesal oportuno en la jurisdicción contencioso administrativa dentro del proceso ordinario, para suspender la causa y solicitar la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina³⁰⁰, lo cual ha sido absuelto mediante Resolución No. 14-2017, atendiendo el contenido del artículo 180 del Código Orgánico de la Función Judicial, que dispone que es función del Pleno de la Corte Nacional, expedir resoluciones en caso de duda u oscuridad de las leyes, las que serán generalmente obligatorias, mientras no se disponga lo contrario por la Ley, y que regirán a partir de su publicación en el Registro Oficial.

La resolución en mención dice:

“ARTÍCULO ÚNICO.- Procedimiento de interpretación prejudicial.- En los procesos ordinarios contencioso administrativos dentro de los cuales el juzgador, en uso de sus facultades, considere que se deba aplicar una norma perteneciente al ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, al finalizar la audiencia preliminar prevista en el artículo 294 del Código Orgánico General de Procesos resolverá elevar en consulta de forma inmediata, la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, lo cual constará en la resolución respectiva.

La interposición de la consulta según lo dispone el artículo 124 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina suspenderá el proceso hasta obtener el pronunciamiento del Tribunal Andino de Justicia.

299 Corte Nacional de Justicia, Resolución con fuerza de ley. Resolución No. 12-2017.

300 El Artículo 32 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala que corresponderá al Tribunal de Justicia Andino interpretar por vía prejudicial las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros.

El término previsto para la realización de la audiencia de juicio establecido en el artículo 297 del Código Orgánico General de Procesos empezará a decurrir a partir del día siguiente de la recepción del pronunciamiento de interpretación prejudicial.

*En la audiencia de juicio, el juez al dictar sentencia está obligado a adoptar la interpretación del Tribunal Andino de Justicia, de acuerdo con el artículo 35 del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, que tiene efecto vinculante.”*³⁰¹

Continuando con el análisis que corresponde en esta parte, se insiste en que las controversias entre el administrado y el estado sustanciadas en el esquema procesal del trámite ordinario, no tendrían que dilatarse en demasía como ocurría antes en algunos casos durante años, una gran distancia se observa entre el trámite que regulaba el litigio en la jurisdicción contencioso administrativa con la anterior ley respecto a la intermediación entre las partes y el juzgador.

Precisamente el nuevo enfoque de la intermediación dentro del proceso contencioso, es un camino que estamos recorriendo de la mano de las tecnologías de la información y comunicación; en el escenario actual somos testigos de la práctica de diligencias orales a través de medios telemáticos, como las video audiencias, citaciones virtuales, entre otras; un ambiente en el que la tecnología y el derecho procesal se vinculan e inducen al desarrollo de destrezas digitales del abogado y los operadores jurídicos.

Finalmente el inciso segundo del art. 309 que se analiza textualmente dice:

*“La o el demandado estará obligado a acompañar a la contestación de la demanda: copias certificadas de la resolución o acto impugnado de que se trate y el expediente original que sirvió de antecedente y que se halle en el archivo de la dependencia a su cargo”.*³⁰²

301 Corte Nacional de Justicia, Resolución con fuerza de ley. Resolución No. 14-2017.

302 Código Orgánico General de Procesos Art. 309.

La parte accionada se obliga a adjuntar la copia certificada del acto administrativo impugnado, esto es la resolución administrativa expedida por la autoridad pública, además el expediente administrativo que se inició dentro de la dependencia; *“La existencia del expediente administrativo sin lugar a dudas es lo que configura de manera diferente la prueba en el proceso contencioso administrativo, ya que en éste se recogen todos los hechos y actuaciones realizadas en la sede administrativa de manera ordenada y secuencial, por lo que, en la mayor parte de los casos, la prueba a requerirse estará en manos de la propia administración; en tanto que nuevos hechos de prueba resultan escasos en este tipo de procesos”*³⁰³. El expediente administrativo es la evidencia física de todos los actos practicados por el administrado y la administración y que han contribuido para la formación de la voluntad administrativa que finalmente se materializó con la expedición de la resolución.

4.11. Medios de prueba aplicables

Inicialmente y con el sustento en la doctrina, afianzamos la importancia del elemento probatorio dentro del juicio, particularmente en el espacio que se analiza en esta obra, la jurisdicción contencioso administrativa;

Con un enfoque general, sobre las pruebas Devis Echandía manifiesta:

*“son el conjunto de reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.”*³⁰⁴. El art. 310 del COGEP señala que *“para las acciones contencioso tributarias y contencioso administrativas son admisibles todos los medios de prueba, excepto la declaración de parte de los servidores públicos.”*³⁰⁵

303 JÁCOME ORDÓÑEZ, María del Carmen. La prueba en el proceso contencioso administrativo. Aportes al Derecho Boletín Institucional Julio - agosto 2016 No. 24 Corte Nacional de Justicia p. 4.

304 ECHANDÍA, Devis Teoría general de la prueba judicial, Buenos Aires, 1970, Tomo I.

305 Código Orgánico General de Procesos Art. 310.

El mismo cuerpo normativo reconoce la prueba testimonial, la prueba documental y la prueba pericial, su descripción se encuentra contenida en los siguientes artículos:

*“Art. 174.- Prueba testimonial. Es la declaración que rinde una de las partes o un tercero. Se practica en la audiencia de juicio, ya sea en forma directa o a través de videoconferencia u otro medio de comunicación de similar tecnología, con excepción de las declaraciones anticipadas. Se lleva a cabo mediante interrogatorio de quien la propone y contrainterrogatorio de contraparte.”*³⁰⁶

Ha quedado ratificado el hecho de que a la autoridad de la institución demandada no se le podrá pedir la declaración de parte; sin embargo podrán comparecer los demás funcionarios de esta entidad en la medida en que el juzgador estime importante su testimonio; “... los funcionarios, en general, podrían ser llamados a rendir testimonio en las controversias donde figure como parte la entidad a la que pertenecen, salvo cuando sean los representantes de la misma, porque en estos eventos no serían estos propiamente terceros sino partes interesadas”³⁰⁷; en concordancia con el art. 174 en referencia, el art. 187 del COGEP se refiere a la declaración de parte como el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes.

Sobre la prueba documental el Código de Procesos en su art. 193 señala:

*“Art. 193.- Prueba documental. Es todo documento público o privado que recoja, contenga o represente algún hecho o declare, constituya o incorpore un derecho (...).”*³⁰⁸

De acuerdo a la regulación del COGEP los documentos pueden ser públicos y privados, los primeros se encuentran normados en su art. 205 que menciona que son aquellos autorizados con las respectivas solemnidades legales, si son otorgados ante notario público e incorporados en un

306 Código Orgánico General de Procesos Art.174.

307 BETANCURT JARAMILLO, Carlos. Derecho Procesal Administrativo. Octava Edición. Señal Editora. Colombia. p. 463.

308 Código Orgánico General de Procesos Art. 193.

protocolo o registro público, se denominan escrituras públicas; también figuran como instrumentos públicos los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente.

En el caso de los documentos privados, el art. 216 del mismo cuerpo normativo indica que son aquellos que han sido realizados por personas particulares, sin la intervención de funcionario público alguno, o con éstos, en asuntos que no son de su empleo.

Especial atención merece tratar sobre la calidad del instrumento público que se le reconoce a los mensajes de datos que al tenor de la norma, deberán ser generados por la autoridad pública y llevar firma electrónica; el objetivo de propender a agilizar los procesos y trámites públicos con el uso de las plataformas digitales es positivo, en la medida en que se pueda asegurar y acreditar su veracidad y autenticidad.

El documento digital que se analiza tiene relación con las nociones de gobiernos, sede, información y servicios electrónicos introducidos en el Código Orgánico Administrativo (COA) en sus artículos 90, 91, 92 y 93, que precisamente conducen al uso y aplicación de la documentación electrónica; al respecto estas normas refieren:

“Art. 90.- Gobierno electrónico. Las actividades a cargo de las administraciones pueden ser ejecutadas mediante el uso de nuevas tecnologías y medios electrónicos, en la medida en que se respeten los principios señalados en este Código, se precautelen la inalterabilidad e integridad de las actuaciones y se garanticen los derechos de las personas.

Art. 91.- Sede electrónica. Es la dirección electrónica única disponible para las personas a través de redes de telecomunicación. Su titularidad y gestión corresponde a la administración pública, así como la responsabilidad con respecto a la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que se pueda acceder, corresponde a la máxima autoridad administrativa, en el ejercicio de sus competencias. La publicación en la sede electrónica de información, servicios y transacciones

respetará los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con las normas previstas al respecto, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos. Dispondrán de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras.

Art. 92.- Información electrónica. Las administraciones públicas proporcionarán, a través de medios electrónicos, la siguiente información:

- 1. Los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicio y para su ejercicio.*
- 2. Los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a prestadores de servicios.*

Art. 93.- Servicios electrónicos. Las administraciones habilitarán canales o medios para la prestación de servicios electrónicos. Garantizarán su acceso, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimiento.

Los servicios electrónicos contarán, al menos, con los siguientes medios:

- 1. Oficinas de atención presencial.*
- 2. Puntos de acceso electrónico.*
- 3. Servicios de atención telefónica.”³⁰⁹*

Como vemos, la administración pública gestionará y procesará importante información de los administrados relacionada con los servicios públicos, sus trámites y procedimientos administrativos a través de las plataformas digitales y con la emisión de documentos electrónicos, desde esta óptica resulta por demás novedoso emprender en el análisis del posible escenario de impugnación de actos administrativos emitidos por estos medios.

309 Código Orgánico Administrativo Arts. 90, 91, 92, 93.

En relación a la prueba pericial el art. 227 del COGEP menciona:

*“Art. 227.- Finalidad y contenido de la prueba pericial. La prueba pericial tiene como propósito que expertos debidamente acreditados puedan verificar los hechos y objetos que son materia del proceso.”*³¹⁰

Guillermo Cabanellas se refiere al perito como un: *“especialista, conocedor, práctico o versado en una ciencia, arte u oficio. Quien posee título estatal de haber hecho determinados estudios o de poseer experiencia en una rama del conocimiento, en una actividad cualquiera”*³¹¹

El peritaje en la jurisdicción contencioso administrativa reviste especial importancia, la naturaleza de las controversias que se ventilan en esta sede, la complejidad y los tecnicismos propios de algunos sectores del servicio público, requieren de un soporte especializado que dentro del proceso indudablemente le permite acceder al juzgador a la comprensión de elementos que deberá considerar para formarse un criterio respecto del problema jurídico a resolver.

*“La prueba pericial en materia contencioso administrativa tiene como finalidad, aportar la experiencia técnica-científica, para que el órgano judicial obtenga de este medio probatorio las condiciones de entender la realidad que va a examinar y que constituye la materia de la controversia. Como característica especial en el nuevo procedimiento adjetivo, se destaca que el legislador concibe a la prueba pericial de parte como el mecanismo normal de realizar esta clase de práctica de prueba, enmarcado en el hecho que son las partes las que deben probar lo que afirman. Es decir que las partes están obligadas a adjuntar el informe pericial, este debe ser anunciado y agregado a la demanda, contestación a la demanda, reconvencción o contestación a la reconvencción, teniendo en cuenta que dicho informe deberá ser realizado por un perito acreditado por el Consejo de la Judicatura, (artículo 227 COGEP).”*³¹²

310 Código Orgánico General de Procesos Art. 227.

311 CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas Editorial Heliasta.

312 GUERRERO VARGAS, Mireya. La prueba pericial en el proceso contencioso administrativo. Boletín Institucional Corte Nacional de Justicia No. 25 3 Septiembre - Octubre 2016, p. 6.

El tratadista José Ramón Chávez resalta la relevancia de la prueba pericial en materia de derecho procesal administrativo:

*“la intervención pericial reviste singular importancia habida cuenta de la expansión del Derecho Administrativo sectorial de tinte intervencionista y adentrándose en campos de fuerte componente técnico, lo que ha venido acompañado de un correlativo aumento de litigiosidad en que son precisos los peritos como <> que guían al juez en tan complejos ámbitos (telecomunicaciones, urbanismo, responsabilidad médica, patrimonio cultural, etc.)”*³¹³

En lo que respecta a la práctica de prueba, el procedimiento ordinario permite anunciarla, pedirla, practicarla y evacuarla en forma eficaz, ordenada, consecuente con la lógica que todo proceso debe tener, es decir hay un primer momento que es la audiencia preliminar donde las partes en forma expresa se pronuncian sobre sus excepciones previas, se anuncian las pruebas que serán presentadas en la audiencia de juicio, es permitido formular solicitudes, objeciones y planteamientos que estimen relevantes referidos a la oferta de prueba de la contraparte, además el juez en esta diligencia podrá pedir la práctica de pruebas, propiciar la conciliación de las partes, incluso admitir los recursos que se presenten respecto de las excepciones previas deducidas por las partes.

*“En el proceso contencioso administrativo tradicional los medios probatorios más utilizados son el pericial y el documental, esto debido fundamentalmente a la cantidad de materias especializadas que son de competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y que requieren de apoyo técnico (hidrocarburos, telecomunicaciones, ambiente, mercado, propiedad intelectual, electricidad, etc); y, a la trascendencia que tienen los expedientes administrativos, producto del sistema escrito que ha imperado durante años.”*³¹⁴

313 CHAVES GARCÍA, José Ramón, La prueba contencioso-administrativa: Análisis dogmático y jurisprudencial. Universitas Madrid, 2007, p. 247.

314 JÁCOME ORDÓÑEZ, María del Carmen. Ob. Cit. p. 5.

Relacionando brevemente el procedimiento anterior en lo referente a la práctica de prueba, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su artículo 38 refería:

“Art. 38.- Con la contestación de la demanda se mandará notificar al actor, y en la misma providencia, caso de haber hechos que deban justificarse, se abrirá la causa a prueba por el término de diez días, en el cual se practicarán las diligencias probatorias que se solicitaren.

*Cuando la controversia versare exclusivamente sobre cuestiones de derecho, contestada la demanda se notificará a las partes, y sin otra sustanciación el Tribunal pronunciará sentencia en el término de doce días.”*³¹⁵

Evidentemente encontramos diferencias entre un sistema arraigado a tradiciones escriturales, a la cultura del informe en derecho o alegato que mientras más extenso, era mejor, sin permitir la intermediación ni la oralidad como principio procesal y mecanismo dinamizador en el desarrollo del litigio.

El inciso segundo del art. 310 objeto de análisis refiere también que *“Los informes que emitan las autoridades demandadas por disposición de la o del juzgador, sobre los hechos materia de la controversia, no se considerarán declaración de parte.”*³¹⁶

La anterior ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no permitía como medio probatorio la confesión judicial de la autoridad, con el COGEP, ésta en la actualidad fue reemplazada por la declaración de parte que conforme lo establece el art. 187 del COGEP, *“es el testimonio acerca de los hechos controvertidos, el derecho discutido o la existencia de un derecho rendido por una de las partes”*³¹⁷; se mantiene entonces esta particularidad dentro del proceso contencioso, no es admisible pedirle esta prueba al funcionario o autoridad de quien emanó el acto administrativo impugnado;

315 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Art. 38.

316 Código Orgánico General de Procesos Art. 310.

317 Código Orgánico General de Procesos Art. 187.

*“la exoneración de la prueba testimonial de dichas autoridades, a criterios de los autores, constituye una prerrogativa para el Estado y sus instituciones, en especial, en juicios como el contencioso tributario y contencioso administrativo, en detrimento del principio de igualdad y equidad procesal, que debe caracterizar a la administración de justicia.”*³¹⁸

En su lugar podrán emitir un informe dice la norma, respecto de los hechos materia de discusión dentro del juicio y el mismo no tendrá la calidad de declaración de parte.

4.12. Validez y eficacia de las actuaciones de la administración pública

La norma contenida en el art. 311 del COGEP trata de la validez y eficacia de las actuaciones de la administración pública, en lo principal la norma dice: *“Son válidos y eficaces los actos del sector público expedidos por autoridad pública competente, salvo que se declare lo contrario.”*

Concuerda también con la norma contenida en el art. 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado:

*“Art. 38.- Presunción de legitimidad.- Se presume legalmente que las operaciones y actividades realizadas por las instituciones del Estado y sus servidores, sujetos a esta Ley, son legítimas, a menos que la Contraloría General del Estado, como consecuencia de la auditoría gubernamental, declare en contrario.”*³¹⁹

Marienhoff respecto de la presunción de legitimidad refiere:

“La presunción de legitimidad consiste en la suposición de que el acto fue emitido “conforme a derecho”, es decir, que su emisión responde a todas las prescripciones legales, habiéndose indicado como fundamento o razón de ser de la presunción,

318 VICUÑA DOMÍNGUEZ, Lorena y CHÁVEZ PAREJA, Juan. Manual del Código Orgánico General de Procesos (COGEP). CEP pp. 115, 116.

319 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Art. 38.

*las garantías subjetivas y objetivas que preceden a la emanación de los actos administrativos”;*³²⁰

Por su parte del Dromi define a la ejecutoriedad como “*la posibilidad de la Administración, otorgada por el orden jurídico, de ejecutar por sí misma el acto, pudiendo acudir a diversas medidas de coerción para asegurar su cumplimiento*”. (Dromi 2004, pág. 385).

Estas presunciones apuntan por una parte a validar las facultades de la administración y su potestad pública de resolver lo que corresponda en el marco de sus competencias, en ejercicio del principio de tutela administrativa y con pleno poder para en forma coercitiva hacer acatar sus resoluciones.

En el marco de lo previsto en el Código Orgánico Administrativo, la eficacia se encuentra definida como un principio en su art. 3, y en su art. 101 como una característica inmanente a la validez del acto administrativo:

“Art. 3.- Principio de eficacia. Las actuaciones administrativas se realizan en función del cumplimiento de los fines previstos para cada órgano o entidad pública, en el ámbito de sus competencias.

*Art. 101.- Eficacia del acto administrativo. El acto administrativo será eficaz una vez notificado al administrado. La ejecución del acto administrativo sin cumplir con la notificación constituirá, para efectos de la responsabilidad de los servidores públicos, un hecho administrativo viciado.”*³²¹

Fundamentándonos en la doctrina respecto de la eficacia del acto administrativo, cito al profesor Bartolomé Fiorini quien precisa lo siguiente:

“La eficacia permite la practicidad que se encuentra latente en el seno del acto, por eso puede expresarse que el acto administrativo existe pero no se ejecuta. La eficacia es una formalidad que permite su realización. Mientras ésta no aparece, como el acto

320 MARIENHOFF, II-368/370.

321 Código Orgánico Administrativo Arts. 3, 101.

no crea aún relaciones o vínculos jurídicos con el exterior, podrá ser retirado, desistido o anulado. La eficacia no se identifica con la condición de su exigibilidad, pues un acto puede ser eficaz, pero se difiere su ejecución porque no ha cumplido la que se refiere a su exigibilidad y que podrá ser una fecha determinada o el vencimiento de un plazo, o el cumplimiento de un acontecimiento.” (Bartolomé Fiorini, 1995, Tomo I, pág. 447).

La noción conceptual ilustra la comprensión de la eficacia como un elemento formal del acto administrativo; precisamente la disposición normativa del art. 101 antes referida expresamente el atribuye la calidad de eficaz al acto legalmente notificado.

4.13. La suspensión del acto administrativo y la posible afectación a su presunción de legitimidad

Como una observación adicional dentro del análisis de la validez y eficacia de las actuaciones de la Administración Pública, es viable discutir alrededor del hecho de que la presunción de legitimidad del acto administrativo podría verse afectada por efecto de la facultad reconocida al juzgador del Contencioso en el art. 330 del COGEP y que transcribo a continuación:

*“Artículo 330.- Suspensión del acto impugnado. A petición de parte, el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, (...)”*³²²

Ahora bien, el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) limita la atribución del juzgador para ordenar en el auto inicial la suspensión de actos administrativos únicamente, facultad que no tiene carácter definitiva, pues la norma en mención refiere que podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del

322 Código Orgánico General de Procesos Art. 330.

proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron.

Se trata evidentemente de una atribución conferida al juzgador, en la que su juicio y criterio valorativo deberá prevalecer frente a las presiones del accionante presuntamente afectado que indudablemente se acogerá a esta posibilidad que eventualmente puede ocurrir, pues la norma expresamente indica que el juzgador podrá suspender el acto a petición de parte solamente, quedando excluida su actuación de oficio, situación que dista considerablemente del rol activo que un sistema garantista de derechos debe ostentar el juzgador tal cual lo manda el número 3 del artículo 11 de la Constitución que conmina a la autoridad a garantizar el reconocimiento de los derechos inmediatamente de oficio o a petición de parte.³²³

Es de anotar que esta facultad del juzgador para suspender el acto administrativo a petición de parte está subordinada a un presupuesto, como lo dice la disposición legal, siempre que aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, siendo que este juicio o criterio que el juzgador asuma se funde en los hechos alegados en la demanda o en la prueba que se acompañe.

De lo dicho anteriormente, el juzgador no tendrá otro momento sino en el auto inicial, para resolver si ordena o no la suspensión del acto administrativo, esta exigencia podría terminar con una decisión apresurada, pues queda excluida la posibilidad de que pueda hacerlo en otro momento procesal, lo cual genera una cierta contradicción que hasta cierto punto confronta con el relativamente nuevo sistema por audiencias³²⁴,

323 Constitución de la República del Ecuador. “Art. 11 Numeral 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.”

324 Código Orgánico General de Procesos. “Artículo 4 Proceso oral por audiencias. La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible.”

validando nuevamente la práctica del sistema escritural que en expresiones de Capelletti *“ciertamente un método anticuado”* (...) “Impedir al juez ver, cara a cara, y hablar con las partes y con los testigos, y sobre todo oírles hablar, significa para nosotros sustraer al juez.. La más importante guía para descubrir la verdad, para formarse una justa convicción respecto del *caso* (...)”³²⁵

Resulta a contrario sensu el poder disponer la suspensión del acto, sin habérseles permitido a las partes pronunciarse sobre sus excepciones previas, sin que el juzgador haya resuelto cuestiones relacionadas con los vicios del procedimiento para establecer la validez del proceso, sobre la determinación misma del objeto del controversia, sin que el juzgador haya agotado la posibilidad de una conciliación.

Así mismo, resulta contradictoria la suspensión del acto antes de que las partes procesales puedan interactuar mediante su comparecencia a audiencia, caracterizada en la percepción de Canosa Suarez como *“el momento más importante del proceso en el que se encuentran cara a cara y en relación directa el administrado y el órgano decisor, en su caso también los testigos y los auxiliares, en un escenario vivo y operante, de comprensión y diálogo, con plena inmediatez. Es un proceso de día, claro, abierto a la luz de la verdad, donde el juez contempla el rostro de los enfrentados, conoce sus preocupaciones y los interesados sienten al tallador cercano y accesible, pero al mismo tiempo inquieto y preocupado, dentro de la audiencia preliminar en la búsqueda de un acuerdo y, después, si éste no se logra, en la práctica de pruebas, para luego escuchar las alegaciones orales y terminar administrando justicia en la sentencia.”*³²⁶

Se generan dudas por la trascendencia de la decisión que podría eventualmente disponer el juzgador con relación a la suspensión del acto administrativo, en razón de que el procedimiento oral precisamente se sustenta en el rol activo de las partes procesales, situación que ocurre en

325 MAURO CAPPELLETTI. “La oralidad y las pruebas en el proceso civil”. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América, 1972, p. 51.

326 CANOSA SUAREZ, Ulises. El Proceso Civil por Audiencias. p. 71.

las audiencias preliminar y de juicio, antes de esto lo que se tiene son, el escrito de demanda y la contestación a ésta, acompañadas ambas con el anuncio de las pruebas que en el futuro del proceso se evacuarán.

La posibilidad de suspender el acto administrativo reconocida en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), genera interrogante sobre la cuestión de la presunción legitimidad del acto administrativo, quedaría acaso extinguida por efecto de la aplicación del artículo 330 del COGEP, al suspender el juzgador el acto administrativo, se estaría de entrada desconociendo la competencia de la autoridad que lo dictó, o la posibilidad de que dicho acto no se haya dictado con plena observancia de lo dispuesto en nuestro ordenamiento legal.

Recordemos que la presunción de legitimidad acredita validez y legalidad, más allá de que pueda ser cuestionada y revocada en una fase ulterior, y que para que eso ocurra es preciso que el juzgador se intelencie y se forme criterio en mérito de las actuaciones de las partes que principalmente deberán materializarse en las audiencias, pues no concuerda la actuación de un juez que en su auto inicial disponga la suspensión del acto administrativo con solamente la fría revisión de los hechos alegados en la demanda y el análisis de las pruebas acompañadas.

Que decir de la eficacia, ejecutoriedad, ejecutividad y obligatoriedad del acto administrativo, quedarían de igual forma sin sustento frente a la suspensión del acto administrativo dispuesta por el juez.

4.14. Suspensión del acto administrativo o suspensión de su ejecución

La disposición contenida en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) nos permite dilucidar una cuestión que estimo fundamental, nótese que la norma dice que el juzgador podrá ordenar en el auto inicial la suspensión del acto administrativo, sin determinar si lo que se suspende es el acto administrativo en sí, o sus efectos; para

desarrollar la idea es necesario establecer que hay una importante brecha entre ambos presupuestos;

*“Suspender un acto supone bloquear todos sus efectos, incluso los ya cumplidos; suspender la ejecución del acto, supone solamente detener los efectos futuros del cumplimiento del mismo.”*³²⁷

Recordemos que el acto administrativo en su concepción ampliamente identificada tiene como característica objetiva el fin³²⁸, que no es otro sino el de generar efectos jurídicos directos en el administrado a causa de la expresión de la voluntad del órgano de la administración pública, de tal suerte que si el fin de la autoridad es por ejemplo imponer una sanción pecuniaria al administrado que haya inobservado una norma legal de carácter mandatoria, incluso haber iniciado el procedimiento coactivo para hacer efectivo el pago de ese valor adeudado por concepto de multa, se entiende al tenor del artículo 330 aludido, que lo que estaría haciendo el juzgador al ordenar la suspensión del acto administrativo, es anular la voluntad del órgano, es decir dejar sin efecto jurídico y definitivamente la resolución administrativa expedida, considerando que la anulación tiene efecto retroactivo, insisto, se imposibilitaría la ejecución³²⁹ del acto administrativo.

Como estamos frente a una norma de derecho público y no podemos interpretarla a nuestro interés, se intuye de la lectura de la norma que

327 J. M. BOQUERA OLIVER: Suspensión del acto administrativo, en Enciclopedia Jurídica Básica, t. IV, p. 6437 - Madrid, 1995; quien sostiene que *“suspender un acto administrativo significa paralizar temporalmente su eficacia.”*

328 *“El fin vendría a constituir la razón de ser del acto, mismo que en consecuencia, se convierte en el efecto del objeto del acto administrativo; de suerte que, todo acto administrativo se realiza para cumplir con el fin propuesto en el objeto. En esto se debe tener presente lo dialéctico de la actuación de la Administración, pues su accionar siempre responde a la satisfacción real de las necesidades permanentes del ser social.”* MORALES TOBAR, Marco A. Derecho Procesal Administrativo. Primera Edición 2010 Editorial UTP. p. 121.

329 *“La ejecución de un acto administrativo se extenderá por todo el tiempo que medie entre el momento en que entra en vigencia y aquél en que se logran todos los efectos jurídicos que el acto ha querido producir.”* Constancio Levrero Bocage: Suspensión de la ejecución del acto administrativo y agotamiento de sus efectos, en RDJA, t. 69, p. 238.

el legislador le da la facultad al juez para ordenar la suspensión del acto administrativo; ahora, que si el legislador lo que pretendió fue darle la facultad al juez para que suspenda la ejecución del acto administrativo lo cual es completamente distinto, estaríamos ante la procedencia de una de las medidas cautelares reconocidas en otros ordenamientos jurídicos, al respecto:

*“las medidas cautelares constituyen micro procedimientos especiales, incoados para encarar ciertas situaciones de peligro o de urgencia; y se les considera provisionales, cautelares o de conservación, porque son dictadas antes de finalizar el proceso principal; permitiendo que, sin resolver sobre el fondo del asunto, se proteja al accionante respecto de daños graves y actuales, provocados por la ejecución del acto impugnado.”*³³⁰

Esta medida cautelar podría adoptarse en el contencioso administrativo, considerando que el segundo inciso del artículo 330 del COGEP textualmente dice que *“Podrá motivadamente revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron”*; la pregunta es: hace relación a la potestad del juzgador para revocar la suspensión del acto administrativo o a la suspensión de su ejecución?

Como el legislador ha escrito que podrá revocarse “la medida” en cualquier estado del proceso, eventualmente podría inferirse que lo que se suspendería es la ejecución del acto administrativo y no el acto propiamente, pues se entiende que tal revocatoria está sujeta al hecho de que se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron;

La suspensión de la ejecución del acto *“supone técnicamente la cesación temporal, provisional o transitoria de la eficacia del acto administrativo”*³³¹, reviste

330 BIASCO, Emilio. La Suspensión Jurisdiccional de la Ejecución del Acto Administrativo y Otras Medidas Cautelares Análisis Jurisprudencial y Prospectiva. p. 41.

331 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. Curso de Derecho administrativo Madrid, 1986, t. I, p. 543 y ss.-

caracteres propios y precisos que lo distinguen formalmente de la suspensión del acto, estamos frente a otra institución que no afecta la eficacia del acto administrativo, *“la suspensión, como acción y efecto de suspender, supone detener o parar, por cierto tiempo, un término, obra, ejercicio de empleo u otra forma de actividad”*,³³²

Con la suspensión del acto, su integralidad no se perjudica, lo que sucede es que momentáneamente sus efectos no se podrán materializar, *“la suspensión de la ejecución no produce efectos sobre la validez, ni sobre la eficacia del acto, ni posee una función repristinatoria del mismo; sino que suspende, ex nunc, la posibilidad de ejecutarlo”*³³³; Para Giannini, el acto suspendido conserva su imperatividad, y la suspensión opera solamente sobre uno de los contenidos de la eficacia: la ejecución³³⁴.

La discusión que nos permite esta ambigüedad identificada en el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) respecto de la suspensión del acto administrativo o de la suspensión de su ejecución, lo cual será determinado por la jurisprudencia, ante la falta de precisión en la técnica jurídica del legislador, resulta positiva en la perspectiva de identificar los intentos por armonizar el procedimiento administrativo contencioso practicado en el Ecuador durante décadas con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con las prácticas actuales del derecho procesal.

El éxito desde la perspectiva de administrar justicia con celeridad, calidad y eficiencia, no se traduce en velocidad, están en juego las prerrogativas del ciudadano por una parte y por otra los intereses públicos representados por el estado, es indispensable que el juez permita el auténtico ejercicio de la inmediación de las partes para luego construir en forma

332 COUTURE, Eduardo J. Vocabulario Jurídico, p. 564

333 SANDULLI, Aldo M. Manuale di Diritto amministrativo, Vol. 11, p. 655.

334 MASSIMO SEVERO Giannini: Diritto amministrativo, vol. 21, p. 1035. Además menciona que *“procesalmente, la suspensión de la ejecución del acto administrativo constituye una especie de medida cautelar, una de cuyas finalidades es impedir que resulte eficaz la decisión que ponga fin a la impugnación incoada, o impedir que el acto cuestionado, siga produciendo efectos dañosos.*

racional ese “(...) *juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida* (...)” al que hace referencia el artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), lo cual debe concretarse en el momento de la audiencia, al respecto:

4.15. La discrecionalidad como facultad del juzgador para suspender el acto administrativo

Lo que determina el Artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), en cuanto le faculta al juzgador a petición de parte suspender el acto administrativo, cuando se haya formado un criterio o juicio valorativo en favor de las pretensiones del actor, en mérito de los fundamentos de la acción y de la prueba presentada, nos acerca al concepto de discrecionalidad.

A primera vista, puede catalogarse que esta facultad del juzgador constituye un presupuesto de garantía y protección de los derechos subjetivos que se presumen han sido vulnerados con la resolución administrativa impugnada;

Sin embargo, desde otra perspectiva debe discutirse que dicha facultad puede interpretarse como un exceso de “discrecionalidad”, un concepto complejo sobre el cual se han vertido interesantes teorías y discusiones sobre la posibilidad de que dentro del ámbito jurisdiccional se pueda ejercer la facultad discrecional, cuando es del criterio administrativista que dicha facultad le es reconocida únicamente a la autoridad que desempeña una función administrativa.

Isabel Lifante Vidal a efecto de establecer si existe o no discrecionalidad judicial comenta:

“tendríamos teorías radicales, como las de los realistas, para las que los jueces gozan de discrecionalidad en todos los casos (siendo ellos los verdaderos creadores del Derecho); posiciones moderadas, como la de Hart, según las cuales los jueces gozarían de discrecionalidad sólo en algunos casos: los “difíciles”; y posiciones

*absolutistas según las cuales los jueces no gozarían de discrecionalidad en ningún caso, cuyo ejemplo más prototípico sería la teoría de Dworkin con su tesis de la única respuesta correcta.”*³³⁵

Identificar la naturaleza y alcances de la discrecionalidad ha sido un debate continuo en el foro administrativista; una idea preliminar es la de García de Enterría³³⁶ que asegura que la existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano y que este no puede ser reducido a una pura “nomocracia” objetiva y neutral. Es más, sería ilusorio pretender agotar el ámbito completo de la discrecionalidad.

Es necesario distinguir que la potestad del órgano tiene dos características, puede ser reglada y discrecional, la discrecionalidad en el plano administrativo se manifiesta por el efecto regulador de las leyes sobre la potestad³³⁷ del órgano o de la autoridad pública que está en ejercicio de una función administrativa.

La potestad discrecional permite a la autoridad resolver el conflicto aplicando una de las varias opciones que tiene a su alcance, todas igual de válidas y coherentes con el ordenamiento jurídico.

El concepto de discrecionalidad no se aleja del acatamiento irrestricto de la norma legal, incluso al configurarse una actuación discrecional de la autoridad, ésta tendrá que someterse a algunas reglas; *“discrecionalidad no es lo opuesto a lo reglado, ya que aunque parezca contradictorio aquélla facultad tiene, al menos, cuatro elementos reglados, como son el mismo hecho de que nace del*

335 LIFANTE VIDAL, Isabel. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Dos conceptos de discrecionalidad Jurídica, p. 10.

336 GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I, p. 47. También sostiene que la misma viene dada por la existencia de varias soluciones igualmente válidas para el Derecho, entre las cuales el órgano decisor tendría que elegir.

337 “La potestad entraña, un poder otorgado por el ordenamiento jurídico de alcance limitado, no supone en ningún caso un poder de acción libre según la voluntad de quien lo ejerce” Coscolluela, Manual de derecho Administrativo. Parte General 23 ed. Cizur Menor, Civitas 212, p. 310.

ordenamiento jurídico en aplicación del principio de legalidad; que se ejerce dentro de una determinada extensión; que es competencia de un órgano específico y no de cualquiera; y que tiende hacia un fin que siempre tendrá un carácter público.”³³⁸

Luego de la revisión del concepto de discrecionalidad volvemos al enfoque del problema propuesto, en el que se discutía que esta facultad de suspender el acto administrativo extendida al juez del tribunal contencioso administrativo, constituiría un acto de discrecionalidad en la medida en que éste, se ajuste estrictamente a lo que prescribe la norma y el principio constitucional, en aras de consolidar la tutela efectiva de los derechos de los particulares; al respecto Emilio Biasco explica lo siguiente:

“Como regla general —y salvo norma expresa en contrario— y en defensa del interés público presupuesto en los actos administrativos, la interposición de recursos administrativos o acciones jurisdiccionales, no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. - Pero, cuando de la ejecución del acto, puedan derivarse daños graves o irreparables, se permite al recurrente solicitar incidentalmente la suspensión de su ejecución.”³³⁹

Si bien la Constitución de la República establece en forma abstracta la norma y el principio constitucional a partir de los cuales se desarrolla la normativa secundaria, su artículo 173 en forma expresa dice que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial; reconociéndose la facultad del administrado para ejercer sus derechos conforme a sus principios de aplicación³⁴⁰ ante la administración pública o ante los jueces del Contencioso Administrativo.

338 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás, Ob. Cit. P. 454.

339 BIASCO, Emilio. La Suspensión Jurisdiccional de la Ejecución del Acto Administrativo y otras Medidas Cautelares, p. 42.

340 Constitución de la República del Ecuador.- “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 3. Los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte. (...) 5. En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que

Se observa también que no se describe expresamente en la disposición objeto de análisis, me refiero al artículo 330 del Código Orgánico General de Procesos, como se va a operativizar la suspensión del acto administrativo, pues los efectos jurídicos producidos por haberse materializado la voluntad administrativa de la autoridad se anularían momentáneamente, es decir provisionalmente la suspensión implicaría el reconocimiento de aquel derecho subjetivo presuntamente desconocido, esto en razón de que la disposición señala taxativamente (...) *“sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo”*(...); es decir que el juez tiene atribución para revocar la suspensión del acto administrativo en cualquier estado de la causa, cuando se advierta dice la norma, *“una modificación en las circunstancias que lo motivaron”*; este presupuesto está subordinado entonces a las direcciones que el curso del proceso pueda tomar en función de lo que suceda durante su sustanciación que conforme lo indica el artículo 327 del COGEP, será en procedimiento ordinario.

4.16. Sustanciación

La disposición del art. 312 del COGEP trata de la responsabilidad del juez ponente³⁴¹ para sustanciar, entiéndase en su acepción lingüística, la actividad de *“tramitar un asunto o un juicio hasta que quede resuelto en una sentencia”*³⁴², la norma indica:

*“Art. 312.- Sustanciación.- En el caso de los procesos sustanciados por las acciones previstas en este título, la o el juzgador ponente tendrá a su cargo la sustanciación del proceso.”*³⁴³

más favorezcan su efectiva vigencia. (...) 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución. El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarios y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.”

341 Código Orgánico General de Procesos. *“Art. 141.- JUEZAS O JUECES PONENTES.- Siempre que la resolución deba ser dictada por un tribunal, existirá una jueza o juez ponente.”*

342 Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario (<http://dle.rae.es/>).

343 Código Orgánico General de Procesos Art. 312.

La figura del juez ponente³⁴⁴ dentro de la sustanciación del proceso oral es determinante para la consecución de los objetivos del sistema judicial, la capacidad de análisis, el ejercicio de la lógica jurídica, la experticia en la aplicación de la argumentación jurídica, que como lo indica Martínez Zorrilla, *“es toda actividad dirigida a apoyar, defender o respaldar mediante razones (expresadas a través de un lenguaje) cierta posición (en sentido amplio, incluyendo decisiones, opiniones, etc.) puede considerarse como una actividad argumentativa”*³⁴⁵; la efectividad en su motivación³⁴⁶, además de la práctica irrestricta de la imparcialidad atendiendo que *“la función del juez o magistrado no debe implicar recomendaciones o sugerencias a ninguno de los litigantes, por cuanto el juzgador como parte de la Función Judicial, asume fundamentalmente el rol de amparar entre las y los ciudadanos y entre el Estado y los particulares, aquellos derechos y garantías consagrados constitucionalmente y más no de ser el consejero de los sujetos procesales”*; son algunas de las condiciones que deberá demostrar durante su actuación.

El juzgador durante la sustanciación del proceso debe asumir un rol protagónico, la actividad pasiva en un sistema donde predomina la inmediatez no tiene cabida, *“el proceso por audiencias requiere un director hábil, un verdadero protagonista, un juez dentro del proceso, con agudo sentido de responsabilidad,*

344 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional “Art. 195.- Jueza o juez ponente.- En cada proceso existirá una jueza o juez ponente, que será designado mediante sorteo, y que tiene como función realizar el proyecto de admisibilidad cuando corresponda en la Sala de Admisión, la sustanciación de las causas y elaborar el proyecto de sentencia. El Pleno de la Corte Constitucional podrá asignar a más de una jueza o juez como ponente en un mismo asunto, cuando la complejidad del tema lo amerite.”

345 MARTÍNEZ ZORRILLA, David. Metodología Jurídica y Argumentación. Marcial Pons 2010, p. 189.

346 Sobre la motivación Guillermo Narváez Pasos dice: *“De modo que la decisión judicial debe estar motivada y fundada en derecho. Motivar y fundamentar son conceptos que actúan recíprocamente; la decisión puede estar fundada en derecho y no ser razonada o motivada, puede citar normas pero no explicar su relación con esas normas y con la realidad que se está juzgando. La fundamentación consiste en explicar la norma jurídica al hecho concreto que se juzga, no es suficiente transcribir la norma. En cambio, la motivación es algo más, es la ilustración, la elaboración de la fundamentación, consiste en razonar la solución que se da al asunto concreto.”* Resolución oral y motivada de la causa, en audiencia. Corte Nacional de Justicia Enero - Junio, 2017 Quito - Ecuador Diálogos judiciales 4 Tema central: Comentarios al COGEP, pp. 59, 60.

inteligente, sin temores, activo, curioso, capacitado, un guía, un propulsor dinámico con amplios poderes de gobierno y control, honesto, cortés y justo; en pocas palabras un Gran Juez, parcializado en la búsqueda de la verdad para la aplicación de la justicia.”³⁴⁷

El COGEP en su art. 12 en relación a la competencia del tribunal, designación y atribuciones de la o del juzgador ponente dice:

*“Cuando se trate de tribunales conformados de las Salas de la Corte Provincial o de los Tribunales de lo Contencioso Tributario y Administrativo se realizará el sorteo para prevenir su competencia y para determinar la o el juzgador ponente. El Tribunal calificará la demanda o el recurso y sustanciará el proceso según corresponda. La o el juzgador ponente emitirá los autos de sustanciación y dirigirá las audiencias conforme con las reglas de este Código, pero los autos interlocutorios serán dictados con la intervención de todos los miembros del Tribunal.”*³⁴⁸

En el comparativo con la legislación extranjera, se observa que el juez ponente en España³⁴⁹ asume mayor carga operativa dentro del proceso a resolver, conforme lo determina el artículo 205 de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

“Art. 205.- Corresponderá al ponente, en los pleitos o causas que le hayan sido turnadas:

- 1. El despacho ordinario y el cuidado de su tramitación.*
- 2. Examinar los interrogatorios, pliegos de posiciones y proposición de pruebas presentadas por las partes e informar sobre su pertinencia.*

347 CANOSA SUÁREZ, Ulises El Proceso Civil por Audiencias. Proceso Civil Oral, p. 72.

348 Código Orgánico General de Procesos. Art. 12.

349 “El juez ponente en el sistema español tiene diversas funciones definidas en el artículo 205 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, entre las que se incluye la de redactor del fallo, siendo esta suficientemente relevante como para justificar hasta él la extensión de las reglas de predeterminación” SÁEZ MARTÍN, Jorge. Los Elementos de la Competencia Jurisdiccional. Revista de derecho (Coquimbo) versión On-line ISSN 0718-9753.

3. *Presidir la práctica de las pruebas declaradas pertinentes, siempre que no deban practicarse ante el Tribunal.*

4. *Informar los recursos interpuestos contra las decisiones de la Sala o Sección.*

5. *Proponer los autos decisorios de incidentes, las sentencias y las demás resoluciones que hayan de someterse a discusión de la Sala o Sección, y redactarlos definitivamente, si se conformase con lo acordado.*

6. *Pronunciar en Audiencia Pública las sentencias.*³⁵⁰

Considerando “*que la teoría de la sustanciación implica centrar el objeto del proceso no sobre el derecho o la relación jurídica, sino sobre el hecho puesto como fundamento, o más exactamente, sobre el derecho delimitado por el hecho constitutivo*”³⁵¹, la actuación del magistrado ponente presupone además del desempeño ético en cada una de sus intervenciones, un profundo estudio de las circunstancias fácticas de la controversia, deberá sortear algunos obstáculos propios del sistema jurídico, considerando el extenso conjunto de actos administrativos y normativos de cumplimiento general obligatorio, que rigen las relaciones de la administración con los particulares y que en forma desordenada en ciertos casos han sido promulgados sin un adecuado control previo de legalidad.

Sobre esta problemática, Iván Ampuero realiza el siguiente análisis:

“Por otro lado, uno de los fenómenos que se ha instalado en los ordenamientos modernos ha sido el relativo a la “hiperinflación legislativa”, caracterizado por la creciente proliferación de cuerpos legales y normas singulares destinadas a la regulación de relaciones jurídicas específicas o más complejas. A las normas jurídicas proclamadas en los códigos decimonónicos han devenido una serie de leyes especiales que han generado dinámicas y principios diversos. Desde luego que esta realidad ha producido una verdadera crisis de la ley, al fragmentar el ordenamiento, generando una casuística

350 Ley Orgánica del Poder Judicial de España. Art. 205.

351 RICCI, G., “Individuazione” o ‘sostanziazione’ nella riforma del processo civile”, en Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, año XLIX, 1995 pp. 1232, 1233.

*legislativa difícilmente compatible con los principios tradicionales, y acabando con todas las bondades de generalidad, permanencia y abstracción de las normas jurídicas.”*³⁵²

De tal suerte que el juzgador deberá desplegar un esfuerzo monumental para contrastar e incluso indagar sobre la existencia de actos normativos de cumplimiento general obligatorio que en algunos casos no han sido publicados en el Registro Oficial, sino únicamente en las gacetas institucionales, con la premisa de que entrarán en vigencia sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial;

Es el caso de instituciones con facultades reglamentarias como los Gobiernos Autónomos Descentralizados que publican sus actos normativos en sus gacetas institucionales o portales web:

*“Art. 324.- Promulgación y publicación.- El ejecutivo del gobierno autónomo descentralizado, publicará todas las normas aprobadas en su gaceta oficial y en el dominio web de la institución; si se tratase de normas de carácter tributario, además, las promulgará y remitirá para su publicación en el Registro Oficial.”*³⁵³

Al mismo tiempo el juzgador asume la función de ejercer el control de legalidad de actos normativos y resoluciones que no pasaron previamente por filtros de revisión de legalidad, teniendo recién dentro de la controversia que determinar su legitimidad y compatibilidad con las normas y principios constitucionales.

Esta hiper regulación en materia de resoluciones y demás actos normativos, producto del ejercicio desmesurado de la facultad para normar y reglamentar³⁵⁴ por parte de algunas entidades, implica un conflicto de

352 AMPUERO, Iván Hunter. The judicial application of law in the Civil Procedural Act Project. Revista de derecho (Valdivia) *versión On-line* ISSN 0718-0950.

353 Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y Descentralización. Art. 324.

354 Leonardo Hernández Walker, MBA, MPA Gerente General LEXIS S.A. El nuevo Código Orgánico Administrativo y la inseguridad jurídica <https://lexisecuador.wordpress.com/2017/03/31/> “En el Ecuador del siglo XXI existen sobre 500 entidades con potestad normativa, sin incluir entre ellas a la Legislatura, la Presidencia y los Municipios. Esto significa que todas tienen la facultad de

orden procesal que bien puede derivar en un escenario de inseguridad jurídica por la inestabilidad de muchos de estos actos administrativos, que no perduran en el tiempo por sus efectos de carácter provisional.

4.17. Contenido de la sentencia³⁵⁵

El art. 313 del COGEP se refiere al contenido de la sentencia³⁵⁶ en los siguientes términos:

“Además de los requisitos generales previstos para la sentencia, esta decidirá con claridad los puntos sobre los que se produjo la controversia y aquellos que en relación

emitir reglamentos y resoluciones con carácter de obligatoriedad general, que denominamos actos normativos. Desde el 1 de enero de 2001 hasta el 24 de marzo de 2017 (16 años) estas entidades del sector público han expedido sobre 90 mil resoluciones, que incluyen tanto actos administrativos como actos normativos. Los actos administrativos dados por acuerdos ministeriales y resoluciones, publicados en estos primeros 16 años del siglo XXI suman:

<i>Delegaciones:</i>	<i>10.000</i>
<i>Nombramientos:</i>	<i>2.500</i>
<i>Impacto ambiental:</i>	<i>3.100</i>
<i>Permisos:</i>	<i>1.000</i>
<i>Designaciones:</i>	<i>1.000</i>
<i>Bajas:</i>	<i>1.600</i>
<i>Fundaciones:</i>	<i>1.700</i>
<i>Peritos:</i>	<i>2.800</i>
<i>Iglesias:</i>	<i>2.300</i>
<i>Total:</i>	<i>26.000”</i>

355 “Declaración del juicio y resolución del juez (Dic. Acad.). | Modo normal de extinción de la relación procesal (Alsina). | Acto procesal emanado de los órganos jurisdiccionales que deciden la causa o punto sometidos a su conocimiento (Couture). | Decisión judicial que en la instancia pone fin al pleito civil o causa criminal, resolviendo respectivamente los derechos de cada litigante y la condena o absolución del procesado (Ramírez Gronda). | Resolución judicial en una causa y fallo en la cuestión principal de un proceso (Cabamellas). | Llamase asimismo sentencia el fallo o resolución que se dicte en los juicios de árbitros o de amigables compondores, si bien en estos casos es más frecuente la expresión laudo.”Manuel Ossorio. Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. 1ª Edición Electrónica.

356 Código Orgánico General de Procesos “Art. 95.- Contenido de la sentencia escrita. La sentencia escrita contendrá: 1. La mención de la o del juzgador que la pronuncie. 2. La fecha y lugar de su emisión. 3. La identificación de las partes. 4. La enunciación breve de los hechos y circunstancias objeto de la demanda y defensa de la o del demandado. 5. La decisión sobre las excepciones presentadas. 6. La relación de los hechos probados, relevantes para la resolución. 7. La motivación. 8. La decisión que se pronuncie sobre el fondo del asunto, determinando la cosa, cantidad o hecho al que se condena, si corresponde. 9. La procedencia o

*directa a los mismos comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados, supliendo incluso las omisiones en que incurran las partes sobre puntos de derecho, o se aparte del criterio que aquellas atribuyan a los hechos.(...)*³⁵⁷

Más allá de los requisitos de forma que debe contener el fallo y que claramente los establece el COGEP, sentenciar presupone un ejercicio complejo y meticuloso en el que los juzgadores argumentarán jurídicamente su decisión, valiéndose de la lógica, la sana crítica para arribar a la verdad de los hechos confrontados, “*el juez debe dar los motivos por los que adquiere su convicción, lo que es una importante garantía para asegurar que resolverá la litis según allegata et probata, pues, al tener que ponderar la prueba y dar las razones de su convencimiento, necesariamente tiene que apreciar en mejor forma los datos probatorios*”. “*No le es permitido (al juez) obrar prima facie, sin formarse una entera convicción, sino que, por el contrario, debe llegar a un pleno conocimiento del facta probando a través de un estudio razonado de la prueba, pues la sentencia no puede apoyarse en un juicio dubitable, sino en hechos realmente demostrados en el juicio.*”³⁵⁸

El Código Orgánico General de Procesos en su art. 89 hace alusión a una característica sustancial que no puede inobservarse por parte de los juzgadores dentro de la sentencia, esto es la motivación; la norma en mención textualmente dice:

“Toda sentencia y auto serán motivados, bajo pena de nulidad. No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos, que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas como a la interpretación y aplicación

no del pago de indemnizaciones, intereses y costas. Además de la emisión en idioma castellano, a petición de parte y cuando una de estas pertenezca a una comunidad indígena, la sentencia deberá ser traducida al kichwa o al shuar según corresponda.”

357 Código Orgánico General de Procesos Art. 313.

358 PAILLÁS PEÑA, Enrique (1991): Estudios de Derecho Probatorio Santiago, Editorial Jurídica de Chile p. 163

*del derecho. La nulidad por falta de motivación única y exclusivamente podrá ser alegada como fundamento del recurso de apelación o causal del recurso de casación.*³⁵⁹

En relación a la motivación, la Constitución en el literal l) del art. 76 prescribe:

*“l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se considerarán nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”*³⁶⁰

En concordancia con la norma constitucional y el COGEP, el Código Orgánico de la Función Judicial en el art. 130, numeral 4 indica que *“No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Las resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados serán nulos (...)”*³⁶¹

- ❖ A través del siguiente resumen del caso y extracto de la Resolución 0326-2014 dentro del juicio 0120-2011, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, establece importantes elementos que deben concurrir en la motivación del fallo:

RESUMEN DEL CASO:

“El representante de la empresa Tosha del Ecuador S.A. inició juicio de impugnación en contra de la resolución N° 002-2007, de 7 de diciembre de 2007, suscrita por el Director del Hospital de Especialidades Ingenio Espejo, a fin de que se declare la nulidad de esta resolución, mediante la cual se declaró la terminación unilateral de contrato (y envió de oficio a la Contraloría General del Estado con la declaratoria de contratista incumplido). La

359 Código Orgánico General de Procesos Art. 89.

360 Constitución de la República del Ecuador Art. 76, literal l).

361 Código Orgánico de la Función Judicial Art. 130, numeral 4.

Primera Sala del Tribunal Distrital N° 1 de lo Contencioso Administrativo de Quito aceptó la demanda y declaró la nulidad de la resolución materia del conflicto. Inconformes con lo resuelto, el Director Nacional de Asesoría Jurídica del Ministerio de Salud Pública y el Director General del Hospital de Especialidades Eugenio Espejo, interpusieron recurso de casación. Agotado el trámite pertinente la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, al analizar la sentencia, observó que existió un acta de entrega recepción por la que la institución declaró haber recibido los bienes adquiridos a satisfacción. El tribunal casó la sentencia recurrida y declaró nula la resolución materia del conflicto.

EXTRACTO DEL FALLO:

III.- MOTIVACIÓN Y RESOLUCIÓN DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS (...) 3.2.4.- Esta Sala Especializada considera que la exigencia de la motivación contempla principalmente tres esferas: la primera, de una manera directa con el Estado Constitucional de derechos y justicia social (artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador) y con la concepción de legitimidad de la administración de Justicia apoyada esencialmente en el carácter vinculante que tiene para ésta la Constitución y Ley, esto es la seguridad jurídica (artículo 82 de la Constitución de la República del Ecuador). En la segunda, la motivación constituye una garantía dirigida a lograr el convencimiento de las partes en el proceso respecto de la corrección de los hechos y la justicia de la decisión, en tal sentido debe encontrarse plasmado en la sentencia el esfuerzo del juzgador para lograr una aplicación del Derecho libre de arbitrariedad. La tercera esfera se conceptualiza en que la motivación es necesaria en el sentido de que si la sentencia no se encuentra debidamente motivada privaría a la parte afectada del ejercicio efectivo de los recursos judiciales puesto que únicamente en base a la motivación se puede realizar un control sobre la correcta aplicación del Derecho en la sentencia por parte del Tribunal A quo (...)"³⁶²

362 Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. Resolución 0326-2014 dentro del Juicio No. 0120-2011. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014 pp. 129, 130, 131, 132.

La conducción y desarrollo oral del proceso le obliga al juzgador a fortalecer destrezas conducentes a optimizar tiempos de respuesta en cada una de sus actuaciones dentro de las audiencias y a pronunciar verbalmente su resolución, al respecto Guillermo Narváez Pasos comenta:

*“Esta obligación de dictar sentencia motivada en la propia audiencia de juzgamiento genera, por supuesto, importantes novedades y retos para los jueces. El dictar sentencia en la misma audiencia, sin tener ocasión de escribir la sentencia implica un esfuerzo adicional del juez de identificación rápida y eficiente de los problemas jurídicos sustantivos y una capacidad de tomar decisiones fundadas en tiempo real.”*³⁶³

En lo referente a la audiencia de juicio dentro del proceso contencioso administrativo, de acuerdo al artículo 297³⁶⁴ del Código Orgánico General de Procesos se realizará en el término máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar, es un momento determinante en el que las partes podrán alegar verbalmente, se evacuarán las pruebas anunciadas, se receptarán declaraciones de parte, peritajes, finalmente el juzgador podrá suspender la audiencia hasta formarse un

363 NARVÁEZ PASOS, Guillermo Resolución oral y motivada de la causa, en audiencia. Corte Nacional de Justicia Enero - Junio, 2017 Quito - Ecuador Diálogos judiciales 4 Tema central: Comentarios al COGEP pp. 59, 60.

364 Código Orgánico General de Procesos. “Art. 297 1. La o el juzgador declarará instalada la audiencia y ordenará que por secretaría se de lectura de la resolución constante en el extracto del acta de la audiencia preliminar. 2. Terminada la lectura la o el juzgador concederá la palabra a la parte actora para que formule su alegato inicial el que concluirá determinando, de acuerdo con su estrategia de defensa, el orden en que se practicarán las pruebas solicitadas. De igual manera, se concederá la palabra a la parte demandada y a terceros, en el caso de haberlos. 3. La o el juzgador ordenará la práctica de las pruebas admitidas, en el orden solicitado. 4. Las o los peritos y las o los testigos ingresarán al lugar donde se realiza la audiencia, cuando la o el juzgador así lo disponga y permanecerán mientras presten su declaración. Concluida su declaración se retirarán de la sala de audiencias pero permanecerán en la unidad judicial, en caso de que se ordene nuevamente su presencia para aclarar sus testimonios. 5. Las o los testigos y las o los peritos firmarán su comparecencia en el libro de asistencias que llevará la o el secretario, sin que sea necesaria la suscripción del acta. 6. Actuada la prueba, la parte actora, la parte demandada y las o los terceros de existir, en ese orden, alegarán por el tiempo que determine equitativamente la o el juzgador, con derecho a una sola réplica. La o el juzgador, de oficio o a petición de parte, podrá ampliar el tiempo del alegato según la complejidad del caso y solicitará a las partes las aclaraciones o precisiones pertinentes, durante el curso de su exposición o a su finalización. 7. Terminada la intervención de las partes, la o el juzgador podrá suspender la audiencia hasta que forme su convicción debiendo reanudarla dentro del mismo día para emitir su resolución mediante pronunciamiento oral de acuerdo con lo previsto en este Código.”

criterio o juicio valorativo de todo lo actuado, debiendo reinstalar la diligencia para emitir su pronunciamiento verbal;

Para cumplir con este meticuloso ejercicio el juzgador, comenta Guillermo Narváez Pasos:

*“requiere entrenamiento y un cambio importante tanto en la estructura del pensamiento jurídico como en la forma de plasmarlo en la realidad. Las sentencias emitidas oralmente deberán necesariamente ser más sucintas y concretas y deberán reflejar el conocimiento jurídico y la capacidad del juez de aplicar ese conocimiento a los hechos del caso; también implica un entrenamiento adicional en retórica y argumentación jurídica que dará soporte a la decisión jurídica del juez.”*³⁶⁵

4.18. Ejecución de la sentencia

Corresponde en esta parte referirnos a la ejecución de la sentencia dentro de los procesos sustanciados en la jurisdicción contencioso administrativa, para lo cual es necesario partir de la disposición contenida en el art. 314 del COGEP, que fija expresamente las reglas a observarse para la materialización del fallo.

“Art. 314.- Ejecución de la sentencia. Una vez ejecutoriada la sentencia la o al (sic) juzgador ordenará bajo prevenciones legales que la institución del Estado cumpla lo dispuesto en la misma, pudiendo incluso disponer, cuando corresponda, que la liquidación sea realizada por la misma entidad estatal.

Por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de la sentencia, no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo, a no ser que se indemnice a la o al perjudicado por el incumplimiento, en la forma que determine la o el juzgador.

365 NARVÁEZ PASOS, Guillermo. Ob. Cit., pp. 59, 60; quien además menciona: “El efecto, el resultado de la exposición oral de la decisión por parte del juzgador, se refiere, que las personas quedan notificadas con los fundamentos de fallo. Y, para la interposición de los recursos, los términos se contarán a partir de la notificación de la sentencia o auto escrito. Concluyendo que cualquier solicitud o recurso horizontal presentado por alguna de las partes antes de la fecha de audiencia, no suspenderá su realización. La o el juzgador resolverá estas peticiones en la misma audiencia.”

*Las o los servidores públicos que retarden, se rebúsen o se nieguen a cumplir las resoluciones o sentencias estarán incurso en la responsabilidad administrativa, civil o penal a que haya lugar.”*³⁶⁶

La disposición que antecede teóricamente, conmina al estado a cumplir bajo prevenciones con lo dispuesto en la sentencia cuando esta se encuentre ejecutoriada³⁶⁷, en términos de reconocimiento y restitución de derechos e indemnizaciones; no habrá lugar a suspensión de la ejecución del fallo so pena de compensación al perjudicado si así sucediere; finalmente, se advierte de los tipos de responsabilidades que puede determinarse para los funcionarios que obstaculicen la normal ejecución del fallo.

La sentencia tiene efectos jurídicos que no pueden desconocerse ni postergarse; el tratadista Jesús González Pérez precisa que la sentencia tiene dos direcciones:

*“una de carácter declarativo que tiene eficacia definitiva e involucra la cosa juzgada y entraña la “imposibilidad de que cualquier órgano dicte una nueva sentencia” y otra, ejecutiva “consistente en la actividad encaminada a cumplir lo dispuesto en el fallo, con o sin voluntad del obligado.”*³⁶⁸

Luego de haber activado el sistema judicial con la pretensión de alcanzar la tutela judicial efectiva de los derechos vulnerados, después de haber transitado por los diferentes escenarios adversos o favorables con el costo desgastante que implica litigar contra el estado, es probable como ya ha

366 Código Orgánico General de Procesos. Art. 314.

367 Código Orgánico General de Procesos. “Art. 101.- Sentencia ejecutoriada. La sentencia ejecutoriada surte efectos irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en el proceso o de sus sucesores en el derecho. En consecuencia, no podrá seguirse nuevo proceso cuando en los dos procesos hay tanto identidad subjetiva, constituida por la intervención de las mismas partes; como identidad objetiva, consistente en que se demande la misma cosa, cantidad o hecho, o se funde en la misma causa, razón o derecho. Para apreciar el alcance de la sentencia, se tendrá en cuenta no solo la parte resolutive, sino también la motivación de la misma”.

368 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La extinción de la eficacia ejecutiva en la sentencia administrativa, 1998, p. 1297.

sucedido, encontrarse con otro problema jurídico, la imposibilidad de la ejecución de la sentencia.

Consuelo Sarria en su obra “Control Judicial de la Administración Pública” expone este interesante análisis:

*“Cuando la sentencia es favorable a la administración y contraria al particular, su ejecución no tendrá mayor demora, ya que la administración no tendrá ningún inconveniente en su cumplimiento, pues, para ello, cuenta con todas las prerrogativas que le son propias. El problema surge cuando la sentencia es en contra de la administración y es entonces, cuando se pone en duda la eficacia del control judicial, pues realmente, éste no lograría sus efectos, si no se asegura debidamente la ejecución de las decisiones en que se concreta.”*³⁶⁹

Cuestionable desde toda óptica de legalidad y justicia social, el hecho de que aún se observen dentro del sistema judicial y en ciertos funcionarios taras burocráticas enraizadas en mantener estructuras de poder en la administración pública casi intocables jurídicamente.

No es suficiente con agilizar los tiempos de respuesta del sistema judicial en los procesos contencioso administrativos, ni alardear con las bondades del procedimiento ordinario para administrar justicia de calidad, cuando la concreción respecto del reconocimiento de los intereses subjetivos del accionante no se hace efectiva a través de la ejecución de la sentencia; *“La ejecución de sentencias no hace sino llevar a efecto una resolución judicial y, por lo tanto, los actos materiales o técnicos en que la ejecución consiste, carecen de viabilidad propia, por eso es importante la existencia de un control judicial de la legalidad administrativa, que solo se logra si los jueces al decidir lo juzgado pueden ejecutar lo decidido.”* (Romero Liliana, Ejecución de sentencias contra la administración pública, 2010).

El objetivo de la jurisdicción contencioso administrativa que como ya se ha revisado antes, apunta a consolidar el eficaz ejercicio de la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados;

369 SARRIA, Consuelo. “Control Judicial de la Administración Pública” Justicia Administrativa, Tucumán, Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino UNSTA 1981, p. 44.

Jesús González Pérez sobre este importante derecho dice:

*“El derecho a la tutela judicial efectiva puede definirse como aquel que tiene toda persona de acudir a los órganos jurisdiccionales para que a través de los debidos causes procesales y con unas garantías mínimas se obtenga una decisión fundada en derecho sobre las pretensiones propuestas.”*³⁷⁰

Sobre la base del art. 75 de la Carta Magna está reconocido que toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia ya la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley; por lo que el fallo tiene indefectiblemente que materializarse cuando los juzgadores en sentencia le han dado la razón al particular que ha sido afectado.

La ejecución de la sentencia en materia contencioso administrativa entraña una inexcusable responsabilidad del estado constitucional de derechos y justicia social para responder por la acción de sus instituciones;

Agustín Gordillo sobre esta responsabilidad del estado expresa:

*“Se llama todavía, “responsabilidad civil del estado”. Pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas dicho código. Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto hablar, en rigor, de “responsabilidad civil”. A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria. Esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal.”*³⁷¹

370 GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. El Derecho a la Tutela Jurisdiccional. 3ª Ed, Madrid Civitas 2001 p. 33.

371 GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado. Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike, 1998, pp XVII-23.

En nuestra legislación se ha observado una especie de inercia respecto del plazo para la ejecución de las sentencias en materia contencioso administrativa, ante la evidente insuficiencia normativa en la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley de Modernización del Estado, ha sido el ERJAFE el que ha regulado lo atinente a los efectos jurídicos de las sentencias en su art. 207:

“Art. 207.- Efectos ejecutivos de las resoluciones judiciales.- Cuando un órgano judicial actuando con jurisdicción ordinaria declare mediante auto o sentencia, la obligación de la Administración Pública Central o Institucional perteneciente a la Función Ejecutiva sometidas a este estatuto a pagar una suma de dinero o ejecutar una obligación de hacer o no hacer, el cumplimiento de dicha providencia se lo debe realizar en un plazo máximo de treinta días contados desde su ejecutoria. El funcionario que omitiere cumplir con este deber será sancionado de conformidad con lo previsto en la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y demás leyes que rigen el sector público.”³⁷²

Por otra parte el Código Orgánico de la Función judicial en su art. 142 se refiere a la ejecución de sentencias de la siguiente forma:

“Art. 142.- EJECUCIÓN DE SENTENCIAS.- Corresponde al tribunal, jueza o juez de primera instancia ejecutar las sentencias. No obstante, cuando la Corte Nacional de Justicia o las Cortes Provinciales hayan conocido de una causa en primera instancia, se remitirá el proceso a una jueza o juez de la materia de primer nivel competente del lugar en donde tenga su domicilio el demandado para que proceda a la ejecución del fallo. De haber dos o más juezas o jueces de la materia, la competencia se radicará por sorteo.”

372 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva. Art. 207.

Capítulo V

UNA MIRADA GENERAL AL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO (COA)

No te avergüences de someterte a las leyes y al que sabe más que tú. (Demócrates)

5.1. Breves comentarios sobre la incorporación del Código Orgánico Administrativo (COA) en la Legislación Ecuatoriana

La publicación del Código Orgánico Administrativo³⁷³ (COA) en el Suplemento 31 del Registro Oficial de fecha 7 de julio de 2017 es una buena noticia para el foro administrativista ecuatoriano que durante décadas vio relegado el proyecto de consolidar en un solo cuerpo normativo aspectos objetivos y subjetivos del accionar de la Administración Pública, la unificación del procedimiento administrativo entre las administraciones públicas, el ejercicio de las competencias, reglas claras para ejecutar la potestad sancionadora, un marco garantista de derechos del administrado, son indicadores positivos de la nueva normativa.

Han sido décadas de revisión dispersa de leyes, reglamentos, resoluciones y demás actos normativos de cumplimiento general obligatorio, para enrumbar posiciones y preparar argumentos de tutela del administrado frente al complejo andamiaje de la administración pública, que derivaron en más de una ocasión en actuaciones irregulares, polarizadas en el

373 “El Código tiene por objeto principal regular las relaciones entre las personas y las Administraciones Públicas a su servicio, establecer el régimen jurídico de los actos administrativos y su revisión en vía administrativa y fijar un procedimiento administrativo común aplicable por todos los órganos y entidades públicas. A tal efecto recoge los derechos y deberes de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones y garantiza la primacía de los intereses generales y el pleno respeto a los principios de juridicidad, control y responsabilidad, entre otros. Regula, además, los principios básicos para el ejercicio de la potestad sancionadora y su procedimiento, el procedimiento administrativo para la reclamación tributaria, el procedimiento administrativo de ejecución coactiva y el régimen de la responsabilidad extracontractual como una pieza clave del Estado constitucional de derechos y justicia.” Exposición de Motivos del Código Orgánico Administrativo. 1. Objetivos y Estructura, p. 6.

exceso de sus facultades discrecionales y generaron afectaciones de derechos subjetivos.

*“La aprobación de este código supone un hito histórico en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que por primera vez cuenta con una norma general reguladora del procedimiento administrativo, que se aplicará a todos los órganos y entidades del sector público y que disciplina todas las interrelaciones entre las personas y las Administraciones.”*³⁷⁴

Importante resulta esta normativa que afianza las garantías y derechos del administrado dentro del procedimiento administrativo, en armonía con la normativa constitucional, lo cual presupone un nuevo esquema de servicios públicos, de tramitación ordenada de los expedientes administrativos, de un ejercicio eficiente de la función pública, de aplicación razonable de la facultad sancionadora en mérito de los principios que rigen el procedimiento administrativo.

*“Todo ello enmarcado en el reconocimiento de un avanzado catálogo de derechos y deberes de las personas, como aspecto novedoso, que sitúa al Ecuador en la más moderna línea internacional en la regulación de los procedimientos administrativos de forma plenamente respetuosa con la Constitución y con la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública.”*³⁷⁵

En el aspecto material³⁷⁶, se puede destacar que en el Código Orgánico Administrativo se concreta la unificación del procedimiento administrativo

374 Exposición de Motivos del Código Orgánico Administrativo. 1. Objetivos y Estructura, p. 6

375 *“Las reglas del procedimiento administrativo son una pieza fundamental en el proceso de mejora de la gestión pública. En este sentido, el Código aboga por una simplificación a través de una mejora de la tramitación de los procedimientos administrativos que incremente la eficacia y eficiencia del sector público y redunde en un beneficio de los ciudadanos.”* Exposición de Motivos del Código Orgánico Administrativo. 1. Objetivos y Estructura, p. 6.

376 Código Orgánico Administrativo “Art. 42.- *Ámbito material.* El presente Código se aplicará en: 1. La relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas. 2. La actividad jurídica de las administraciones públicas. 3. Las bases comunes a todo procedimiento administrativo. 4. El procedimiento administrativo. 5. La impugnación de los actos administrativos en vía administrativa. 6.

dentro de la relación jurídica entre las personas y las “administraciones públicas”, esto es positivo en la óptica de generar seguridad jurídica y garantizar el ejercicio de autotutela administrativa; se supera con esto, las limitaciones y falencias provocadas por la insuficiencia normativa del ERAFE que señalaba un procedimiento administrativo para las instituciones dependientes de la Función Ejecutiva, siendo que las demás administraciones públicas y órganos adscritos debían observar procedimientos distintos, atendiendo regulaciones que diferían o entraban en contradicción entre sí mismas, derivando en un estado de desorden y confusión dentro del Administración Pública.

El ejercicio de las competencias³⁷⁷ administrativas dentro del Código Orgánico Administrativo se desarrolla bajo un modelo ordenado que permite de acuerdo a sus reglas, identificar su distribución dentro de las administraciones públicas, su alcance y formas de transferencia; se regula en torno a la delegación de gestión excepcional a sujetos de derecho privado, explicándose en qué casos se puede delegar a éstos la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos, sin perjuicio de las normas previstas en la ley respectiva del sector.

El Libro Segundo del COA desarrolla lo relacionado con el procedimiento administrativo, en el art. 134 se norma lo atinente a su procedencia³⁷⁸,

La responsabilidad extracontractual del Estado. 7. Los procedimientos administrativos especiales para el ejercicio de la potestad sancionadora. 8. La impugnación de los procedimientos disciplinarios salvo aquellos que estén regulados bajo su propia normativa y apliquen subsidiariamente este Código. 9. La ejecución coactiva. Para la impugnación de actos administrativos, en vía administrativa y, para el procedimiento coactivo, se aplicarán únicamente las normas previstas en este Código.

377 Código Orgánico Administrativo “Art. 65.- Competencia. La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado. Art. 66.- Distribución de competencias asignadas a las administraciones públicas. Si alguna disposición atribuye competencia a una administración pública, sin especificar el órgano que la ejercerá, corresponde a la máxima autoridad de esa administración pública determinarlo. Para la distribución de las competencias asignadas a la administración pública se preferirán los instrumentos generales que regulen la organización, funcionamiento y procesos.

378 Código Orgánico Administrativo “Art. 134.- Procedencia. Las reglas contenidas en este Título se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos, en lo que no afecte a las normas especiales que rigen su provisión. No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos. Los reclamos administrativos,

indicándose del art. 135 al 148 las disposiciones en relación a la dirección del procedimiento administrativo, formularios y modelos que utilizarán las administraciones públicas, la forma de sus actuaciones dentro de las audiencias; se trata adicionalmente de las formas físicas o digitales de recepción de la documentación dentro de los procedimientos; el art. 139 trata del impulso procedimental, correspondiéndole a las administraciones públicas accionar el procedimiento, solicitar diligencias, corregir las omisiones o errores de derecho en que incurran las personas que intervienen en el proceso; se aclara en la norma, que los interesados podrán también impulsar el procedimiento administrativo en lo correspondiente a la práctica de la prueba.

Se reconocen las mismas formas de actuación de la administración pública, el acto administrativo, el acto de simple administración, el contrato administrativo, el hecho administrativo y con una modificación leve en cuanto a su denominación, el acto normativo de carácter administrativo que de acuerdo al art. 128 es toda declaración unilateral efectuada en ejercicio de una competencia administrativa que produce efectos jurídicos generales, que no se agota con su cumplimiento y de forma directa.

La impugnación en sede administrativa con el COA, incorpora algunos cambios importantes, ya que se establece un procedimiento de impugnación común, observando que se extingue el recurso de reposición y quedan reconocidos como recursos³⁷⁹ administrativos el de apelación y el extraordinario de revisión; se deja sin embargo la posibilidad de que

las controversias que las personas puedan plantear ante las administraciones públicas y la actividad de la administración pública para la que no se prevea un procedimiento específico, se sustanciarán en procedimiento administrativo. Los procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora y la ejecución coactiva son especiales y se regulan en el Libro Tercero de este Código.”

379 Código Orgánico Administrativo “Art. 219.- Clases de recursos. Se prevén los siguientes recursos: apelación y extraordinario de revisión. Le corresponde el conocimiento y resolución de los recursos a la máxima autoridad administrativa de la administración pública en la que se haya expedido el acto impugnado y se interpone ante el mismo órgano que expidió el acto administrativo. El acto expedido por la máxima autoridad administrativa, solo puede ser impugnado en vía judicial. Se correrá traslado de los recursos a todas las personas interesadas”.

tratándose de la impugnación de procedimientos disciplinarios, éstos puedan modularse a través de la normativa que para el efecto se haya expedido en ese sector o institución pública.

El COA incorpora el uso de las plataformas digitales y medios informáticos para gestionar los procedimientos, trámites y servicios dentro de la administración pública a través del gobierno electrónico³⁸⁰; lo cual replantea el escenario del trámite y el procedimiento administrativo en el futuro, considerando que será obligatorio para las entidades que forman el sector público adecuar sus estructuras de servicios y atención a los ciudadanos mediante medios digitales y tecnológicos;

“Art. 93.- Servicios electrónicos. Las administraciones habilitarán canales o medios para la prestación de servicios electrónicos. Garantizarán su acceso, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimiento.

Los servicios electrónicos contarán, al menos, con los siguientes medios:

- 1. Oficinas de atención presencial.*
- 2. Puntos de acceso electrónico.*
- 3. Servicios de atención telefónica.*

*Art. 94.- Firma electrónica y certificados digitales. La actividad de la administración será emitida CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO mediante certificados digitales de firma electrónica.”*³⁸¹

El inicio del procedimiento administrativo por medios electrónicos representa una innovación, se materializa la era digital dentro de la

380 Código Orgánico Administrativo “Art. 90.- Gobierno electrónico. Las actividades a cargo de las administraciones pueden ser ejecutadas mediante el uso de nuevas tecnologías y medios electrónicos, en la medida en que se respeten los principios señalados en este Código, se precautelen la inalterabilidad e integridad de las actuaciones y se garanticen los derechos de las personas”;

381 Código Orgánico Administrativo Arts. 93, 94.

administración pública ecuatoriana, incorporando elementos tecnológicos a las relaciones jurídicas entre el estado y los ciudadanos, desde la óptica de la globalización del derecho administrativo los objetivos del COA son ambiciosos en términos de reestructurar procesos, infraestructuras, plataformas digitales para afianzar y dar legitimidad a los trámites iniciados por vías electrónicas y ver reflejado en forma óptima lo preceptuado en el art. 188:

*“Art. 188.- Medios electrónicos. El procedimiento administrativo puede iniciar por cualquiera de las formas previstas a través de medios electrónicos cuando estos hayan sido implementados. Las instrucciones determinadas por la administración pública serán claras y precisas. Las actuaciones dentro del procedimiento administrativo podrán realizarse a través de medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología.”*³⁸²

El Código Orgánico Administrativo en su art. 189 establece con propiedad las medidas cautelares a las que puede recurrir el órgano de la administración pública para asegurar el cumplimiento de su resolución, las que deberán ser dispuestas con proporcionalidad y juicio valorativo de la magnitud del perjuicio ocasionado; estas medidas son el secuestro, retención, prohibición de enajenar, clausura de establecimientos, suspensión de la actividad, retiro de productos, documentos u otros bienes, desalojo de personas y limitaciones o restricciones de acceso.

Además de las medidas cautelares antes referidas, el COA permite la recurrencia a la medidas previstas en los numerales 14, 19 y 22 del artículo 66 de la Constitución de la República³⁸³, que únicamente

382 Código Orgánico Administrativo. Art. 188.

383 Constitución de la República del Ecuador. Capítulo sexto Derechos de libertad Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: (...) 14. El derecho a transitar libremente por el territorio nacional y a escoger su residencia, así como a entrar y salir libremente del país, cuyo ejercicio se regulará de acuerdo con la ley. La prohibición de salir del país sólo podrá ser ordenada por juez competente. (...) 19. El derecho a la protección de datos de carácter personal, que incluye el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley. (...)

procederán con orden de la autoridad competente, que para estos casos es el juez de contravenciones del lugar donde se tramite el procedimiento administrativo.

Los efectos que provoca el Código Orgánico Administrativo a través de sus disposiciones derogatorias, extingue la vida jurídica de algunos cuerpos normativos, en el caso del ERJAFE, considero que han quedado derogadas algunas de sus disposiciones, de acuerdo a la derogatoria primera que señala:

*“PRIMERA.- Deróganse todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando.”*³⁸⁴

Lo mismo sucede con la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, que en forma expresa es derogada por el COA de acuerdo a su disposición derogatoria segunda:

*“SEGUNDA.- Derógase la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993 y sus reformas.”*³⁸⁵

Con la derogatoria de la Ley de Modernización, el COA incorpora en su estructura normativa importantes regulaciones como ocurre con la institución del silencio administrativo en lo referente al término

22. El derecho a la inviolabilidad de domicilio. No se podrá ingresar en el domicilio de una persona, ni realizar inspecciones o registros sin su autorización o sin orden judicial, salvo delito flagrante, en los casos y forma que establezca la ley.

384 Código Orgánico Administrativo. Disposición Derogatoria Primera.

385 Código Orgánico Administrativo. Disposición Derogatoria Segunda.

para contestar los reclamos y solicitudes dirigidas a la administración pública:

*“Art. 207.- Silencio administrativo. Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.(...)”*³⁸⁶

Nótese en la disposición que antecede que cambia el término para responder el reclamo, solicitud o pedido, de 15 días que indica la Ley de Modernización en su art. 28, a 30 días;

De igual forma se observa, una tendencia positiva a la ejecución eficaz del silencio, eliminando las restricciones que ocurrían por la negativa del servidor público de la institución para certificar el vencimiento del término para contestar el reclamo; al respecto el inciso tercero del art. 207 dice:

“El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción” (...).³⁸⁷

En el art. 330 del COA se norma con precisión los asuntos sustantivos inherentes a la responsabilidad extracontractual del estado, estableciéndose en forma expresa su procedencia en concordancia con los presupuestos que deben concurrir para su configuración, tal como se describe en el art. 331:

“Art. 331.- Requisitos. Para la responsabilidad extracontractual se verificará la concurrencia de los siguientes requisitos:

386 Código Orgánico Administrativo. Art. 207.

387 Código Orgánico Administrativo. Art. 207, inciso tercero.

1. *La falta o deficiencia en la provisión de un servicio público o cualquier otra prestación al que el particular tenga derecho.*
2. *El daño calificado de conformidad con este Libro.*
3. *La existencia de un nexo causal entre el daño calificado y la acción u omisión de las administraciones públicas o el hecho dañoso que violente el derecho.”*³⁸⁸

Es favorable la regulación que se incluye en tanto amplía el ámbito de garantía para el administrado, quien podrá accionar el reclamo por responsabilidad extracontractual en sede administrativa o por la vía judicial con la acción contenciosa.

Adicionalmente hay que referir que con el COA se derogan algunos capítulos y disposiciones del Código Orgánico Monetario y Financiero, Ley Orgánica de Telecomunicaciones, Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células y del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y de Descentralización.

El efecto reformativo que genera el Código Orgánico Administrativo es importante en cuanto modifica importantes leyes y códigos orgánicos, como la Ley Orgánica de Empresas Públicas en relación a la jurisdicción coactiva;

Se reforma también la Ley Orgánica de Comunicación en relación con las facultades de la Superintendencia de la Información y Comunicación para remitir comunicaciones y amonestaciones escritas a los administrados para llamar su atención sobre prácticas que deban ser mejoradas o corregidas porque ponen o pueden poner en riesgo el ejercicio de los derechos a la comunicación; lo referido devuelve gradualmente el reconocimiento de los derechos constitucionales a la libertad de expresión y comunicación, restándole las facultades coercitivas a los entes encargados

388 Código Orgánico Administrativo. Art. 331.

de la regulación y control de la Información y Comunicación en nuestro país, que desmesuradamente hicieron de la sanción pecuniaria a los medios de comunicación principalmente privados, una política institucional.

El COA también reforma la LOSEP en relación a las causales de destitución y respecto de la declaración de prescripción o caducidad;

El Código Orgánico de la Función Judicial también es reformado, se incorpora otra facultad del juez de contravenciones, en cuanto se agrega un numeral al 231 que indica:

“5. Conocer las medidas provisionales de protección y medidas cautelares previstas en el Código Orgánico Administrativo para ser ejecutadas previa autorización judicial.”; se reemplaza el capítulo II del título VI “Órganos auxiliares de la función judicial”, regulándose disposiciones generales respecto de las depositarias y depositarios judiciales, sindicadas y síndicos, liquidadoras y liquidadores de costas.

En relación a las acciones contenciosas, el COA afecta el art. 326, numeral 4 del COGEP donde se reconocen las acciones especiales a demandarse en la jurisdicción contencioso administrativa:

“DISPOSICIONES REFORMATARIAS

PRIMERA.- Reformase en el Código Orgánico General de Procesos, las siguientes disposiciones:

3. Sustituyese el número 4 del artículo 326 por el siguiente: “4. Las especiales de:

a) El pago por consignación cuando la o el consignador o la o el consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República.

b) La responsabilidad objetiva del Estado.

c) *La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, conforme con la ley.*

d) *Las controversias en materia de contratación pública.*

e) *Las demás que señale la ley.*³⁸⁹

El impacto que genera el COA en el escenario de las relaciones jurídicas entre el Estado y las personas, evidentemente que se direcciona a fortalecer procesos operativos, administrativos y jurídicos sobre la base de un cambio en el modelo estructural orgánico funcional de la administración pública, un complejo objetivo que constituye un reto y para el cual por cierto se ha fijado plazo³⁹⁰.

5.2. Reflexiones finales

Resulta innegable la adaptación de algunas disposiciones españolas de la Ley 39/15 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en el COA, por una parte, habrá que identificar en qué medida la normativa europea aporta a la innovación del derecho administrativo ecuatoriano que como hemos anticipado ha sido de evolución pausada, con instituciones trascendentales de limitado reconocimiento desde el contexto de la protección de los derechos de los ciudadanos como el derecho de petición, el silencio administrativo, la

389 Código Orgánico Administrativo. Disposición Reformatoria Primera.

390 Código Orgánico Administrativo DISPOSICIÓN TRANSITORIA CUARTA.- “En un plazo de dos años contados desde la fecha de publicación de este Código, las entidades u órganos responsables de la estructuración organizacional de la correspondiente administración pública pondrán a disposición de la máxima autoridad administrativa, un estudio de reorganización administrativa dirigido a cumplir los siguientes objetivos: 1. Identificar, modificar y suprimir entidades u órganos administrativos cuyas actuaciones no se encuentren ajustadas estrictamente al cumplimiento de competencias asignadas en el ordenamiento jurídico. 2. Identificar, modificar y suprimir entidades u órganos administrativos cuyas actuaciones no se ajusten al cumplimiento de los objetivos determinados en los correspondientes instrumentos de planificación vigentes. 3. Identificar, modificar y fusionar las entidades u órganos administrativos cuyas competencias se superpongan, dupliquen o puedan ser ejercidas de mejor manera con arreglo a los principios de eficacia, eficiencia, efectividad y economía. La demora en la presentación del correspondiente estudio, se sancionará con multa del 10% del salario básico unificado del trabajador en general, por cada semana de retraso.”

responsabilidad objetiva del estado, prácticamente inaccesibles ante los órganos administrativos y jurisdiccionales.

Insertar un sistema procedimental con marcada influencia europea, arraigado a condiciones y necesidades propias de entidades públicas que funcionan a otro ritmo es un reto en el Ecuador, las ideas extranjeras constituyen una fuente de inspiración innegable de innumerables principios e instituciones del derecho administrativo contemporáneo (Antoniolli, I.; Benachio, G.A.; y Tonati, R., 2012), en este orden, es pertinente el estudio acucioso del impacto real del Código Administrativo Ecuatoriano en la institucionalidad pública nacional, pero fundamentalmente de las decisiones políticas que den luz verde al cambio de visión en teoría y práctica del accionar administrativo y de la relación entre el estado y sus ciudadanos a la luz de las nuevas normas.

No se trata de trasplantar normas artificialmente, sino, al contrario, de conocerlas, examinarlas y aprender de ellas a fin de tomar lo positivo y desechar aquellas concepciones ajenas o inconvenientes para nuestro sistema jurídico. En este aspecto, no se puede olvidar que —como bien se ha señalado— el apego a seguir los modelos legales extranjeros sin adentrarse en sus antecedentes y prescindiendo del tamiz jurisprudencial allí presente, resta valor a la experiencia que ellos ofrecen. (García Rubio, 2015).

El ejercicio de la potestad sancionadora y disciplinaria de las administraciones públicas con el COA, sugiere en principio la necesidad ingente de distinguir el alcance de la facultad para sancionar y para disciplinar por parte de la autoridad, la primera de tipo correctivo que será ejercida de acuerdo al número siete del art. 42 del COA; y, la segunda, que está condicionada a la existencia de la normativa interna en cada institución, siendo en este caso este Código de aplicación supletoria, conforme se lee en su numeral 8 del mismo art. 42.

El crecimiento indiscriminado de la normativa sectorial administrativa en el Ecuador no muy distinto de lo que ocurre en otros países, es un ejemplo del uso desmedido de la facultad reglamentaria de nuestras

administraciones públicas, en algunos casos sin pasar filtros previos de control de constitucionalidad y legalidad.

Más temprano que tarde tendrán que proponerse reformas al COA para subsanar los problemas derivados de los conflictos entre leyes especiales y generales, de lagunas normativas y antinomias que ya se han identificado, todo esto, producto del acelerado proceso de codificación en el que salta a la vista la inercia legislativa para adecuar una legislación condescendiente con nuestra estructura estatal, limitaciones institucionales y niveles de gestión administrativa.

Anexos

ANEXO 1. Resolución con fuerza de ley No. 12-2017 de la Corte Nacional de Justicia (momento procesal para resolver excepciones previas en el Código Orgánico General de Procesos)

“CONSIDERANDO:

Que la Corte Nacional de Justicia es el máximo órgano jurisdiccional de la Función Judicial, conforme lo previsto en los artículos 178 y 184 de la Constitución de la República;

Que el artículo 82 de la Constitución de la República establece: «El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes»;

Que constituye una garantía del derecho al debido proceso y del derecho a la defensa, previsto en el artículo 76 numeral 7 literal a) de la Constitución, «nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento»;

Que el inciso tercero del artículo 151 del Código Orgánico General de Procesos, refiriéndose a la forma y contenido de la contestación de la demanda, establece que la parte demandada «deberá además deducir todas las excepciones de las que se crea asistida contra las pretensiones de la parte actora, con expresión del fundamento fáctico. Las excepciones podrán reformarse hasta antes de la audiencia preliminar»;

Que el artículo 294.1 del Código Orgánico General de Procesos establece: «Instalada la audiencia, la o el juzgador solicitará a las partes se pronuncien sobre las excepciones previas propuestas. De ser pertinente, serán resueltas en la misma audiencia»;

Que el artículo 295.1 del Código Orgánico General de Procesos, al establecer las normas que regulan la resolución de excepciones previas, dispone: «Si se acepta una excepción previa que no es subsanable, se declarará sin lugar la demanda y se ordenará su archivo»;

Que existe duda en la aplicación de las normas del Código Orgánico General de Procesos; en lo esencial, respecto de si todas las excepciones previas, oportunamente planteadas, deben resolverse en la audiencia preliminar o la primera fase de la audiencia única; así como respecto a la naturaleza de la decisión que resuelve acoger una excepción previa no subsanable, es decir, si la o el juzgador competente debe decidir tales excepciones previas mediante auto o sentencia;

En ejercicio de sus facultades constitucionales, y de conformidad con lo previsto en el artículo 180.6 del Código Orgánico de la Función Judicial.

RESUELVE:

Artículo 1.- Todas las excepciones previas que hayan sido oportunamente planteadas por la parte demandada deberán resolverse por la o el juzgador en la audiencia preliminar o en la primera fase de la audiencia única.

Artículo 2.- De encontrarse procedente las excepciones previas subsanables, la o el juzgador resolverá mediante auto interlocutorio, dando lugar al procedimiento de subsanación conforme lo previsto en los numerales 2 y 3 del artículo 295 del Código Orgánico General de Procesos. Si la parte actora no subsana los defectos dentro del término correspondiente, la o el juzgador mediante auto definitivo tendrá por no presentada la demanda, con los efectos correspondientes; y, ordenará el archivo del proceso.

Artículo 3.- Si el juzgador encuentra procedente la excepción previa de incompetencia dictará auto de inhibición ordenando la remisión del proceso al juzgador competente, conforme al artículo 13 del Código Orgánico General de Procesos.

Artículo 4.- De encontrarse procedente una excepción previa no subsanable, la o el juzgador deberá resolver conforme la naturaleza de la misma.

Si acepta las excepciones previas que se refieran a cuestiones exclusivamente procesales; esto es, inadecuación del procedimiento, indebida acumulación de pretensiones o litispendencia, resolverá mediante auto interlocutorio.

Si acepta las excepciones previas que se refieran a una cuestión sustancial del proceso; esto es prescripción; caducidad; cosa juzgada; transacción; existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación, aceptará mediante sentencia.

La decisión definitiva, debidamente motivada, deberá ser notificada por escrito dentro del término previsto en la ley.

Artículo 5.- Los procedimientos cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa y contencioso tributaria se sustanciarán de conformidad al Capítulo II del Título I del Libro IV del Código Orgánico General de Procesos; y, las excepciones previas que se deduzcan se resolverán atendiendo a su naturaleza jurídica.

Esta Resolución será aplicable a partir de la presente fecha, sin perjuicio de su publicación en el Registro Oficial.

Publíquese en el Registro Oficial y en la Gaceta Judicial.

Dado en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, a los tres días del mes de mayo de dos mil diecisiete.

*f) Dr. Carlos Ramírez Romero, PRESIDENTE; Dr. Alvaro Ojeda Hidalgo (VOTO EN CONTRA), Dra. María del Carmen Espinoza Valdiviezo, Dr. Merck Benavides Benalcázar, Dra. Tatiana Pérez Valencia (VOTO EN CONTRA), Dra. Gladys Terán Sierra, Dr. Asdrúbal Granizo Gavidia, Dra. Rocío Salgado Carpio, Dr. José Luis Terán Suárez, Dra. Ana María Crespo Santos, Dr. Luis Enríquez Villacrés, Dr. Miguel Jurado Fabara, Dr. Pablo Tinajero Delgado, Ab. Cynthia Guerrero Mosquera, Dra. Sylvia Sánchez Insuasti, JUECES Y JUEZAS NACIONALES; Dr. Marco Maldonado Castro, Dr. Edgar Flores Mier, Dra. María Teresa Delgado Viteri, Dr. Oscar Enríquez Villarreal, Dr. Roberto Guzmán Castañeda, CONJUECES Y CONJUEZA NACIONALES. Certifico. f) Dra. Isabel Garrido Cisneros, SECRETARIA GENERAL”.*³⁹¹

391 Resolución No. 12-2017 de la Corte Nacional De Justicia.

ANEXO 2. Disposiciones Generales, Transitorias, Reformatorias y Derogatorias del Código Orgánico Administrativo (COA)³⁹²

DISPOSICIONES GENERALES

PRIMERA.- *Del Registro Único de Contribuyentes se obtendrá el Registro Único de Operadores Económicos (RUOE). Todas las administraciones que requieran datos de estos operadores para fines de registro o control deberán utilizar el RUOE para dichos fines, quedando prohibida la creación o expedición de nuevos registros.*

SEGUNDA.- *Para acceder a la sede electrónica de cualquier dependencia de las administraciones, se deberán utilizar los datos de identificación de cada ciudadano como mecanismo único de identificación electrónica, que se obtendrá de la Dirección General de Registro Civil, Identificación y Cédulación.*

TERCERA.- *En el ámbito tributario, son aplicables, las disposiciones contenidas en el Código Orgánico Tributario y demás normativa vigente, no obstante de ello, las disposiciones del presente Código se aplicarán de manera supletoria, con excepción de lo previsto en el artículo 185 del Código Orgánico Tributario que se deroga, debiendo a efectos de la base para las posturas del remate observarse lo previsto en el Código Orgánico Administrativo.*

CUARTA.- *En el ámbito de la propiedad intelectual, son aplicables, las disposiciones contenidas en el Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, las normas de la Comunidad Andina de Naciones y demás normativa vigente, no obstante de ello, las disposiciones del presente Código se aplicarán de manera supletoria.*

QUINTA.- *Los bienes inmuebles que están en posesión material de buena fe, no interrumpida, de las administraciones por más de cinco años y que carecen de títulos de propiedad legalmente inscritos a su nombre, pasan a ser de propiedad de las administraciones posesionarias por mandato de la Ley. Los Registradores de la Propiedad*

392 NOTA GENERAL: El Código Orgánico Administrativo entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial. Dado por Disposición Final, publicada en Ley No. 0 de Registro Oficial Suplemento 31 de 7 de Julio del 2017.

de los cantones en los que dichos inmuebles se hallan ubicados deben inscribir las transferencias de dominio, previo a auto expedido en sumario con notificación al interesado, en caso de que este y su domicilio sean identificables.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

PRIMERA.- *Los términos y plazos fijados en días, meses o años que hayan iniciado su decurso con anterioridad a la vigencia de este Código, se computarán y fenecearán de conformidad con el ordenamiento jurídico que les resulte aplicable, según la fecha de inicio. Para todos los propósitos legales, toda norma jurídica que haya fijado términos o plazos en meses o años, se interpretará de conformidad con las reglas previstas en este Código.*

SEGUNDA.- *Los procedimientos que se encuentran en trámite a la fecha de vigencia de este Código, continuarán sustanciándose hasta su conclusión conforme con la normativa vigente al momento de su inicio. Las peticiones, los reclamos y los recursos interpuestos hasta antes de la implementación del Código Orgánico Administrativo, se tramitarán con la norma aplicable al momento de su presentación.*

Los procedimientos administrativos iniciados con anterioridad a este Código sobre los que no haya recaído un acto administrativo en el plazo de seis meses, contados desde la fecha de publicación de este Código, se regirán por las siguientes reglas:

- 1. Los procedimientos administrativos que hayan iniciado a requerimiento de la persona interesada para obtener una autorización prevista en el ordenamiento jurídico concluirán, por silencio administrativo positivo, de conformidad con el régimen previsto en este Código.*
- 2. La persona interesada queda habilitada para proponer en vía administrativa o judicial las impugnaciones a las que haya lugar, de conformidad con este Código y el ordenamiento jurídico.*
- 3. Los procedimientos administrativos iniciados de oficio por la administración caducarán y únicamente si la potestad pública correspondiente no ha caducado, el órgano competente puede iniciar el respectivo procedimiento administrativo con arreglo a este Código.*

TERCERA.- *Los procedimientos administrativos sancionadores iniciados con anterioridad a la vigencia de este Código caducan en seis meses, contados desde la fecha de publicación de este Código.*

En caso de que el ejercicio de la potestad sancionadora no haya prescrito, el órgano competente podrá iniciar un procedimiento sancionador de conformidad con este Código.

CUARTA.- *En un plazo de dos años contados desde la fecha de publicación de este Código, las entidades u órganos responsables de la estructuración organizacional de la correspondiente administración pública pondrán a disposición de la máxima autoridad administrativa, un estudio de reorganización administrativa dirigido a cumplir los siguientes objetivos:*

- 1. Identificar, modificar y suprimir entidades u órganos administrativos cuyas actuaciones no se encuentren ajustadas estrictamente al cumplimiento de competencias asignadas en el ordenamiento jurídico.*
- 2. Identificar, modificar y suprimir entidades u órganos administrativos cuyas actuaciones no se ajusten al cumplimiento de los objetivos determinados en los correspondientes instrumentos de planificación vigentes.*
- 3. Identificar, modificar y fusionar las entidades u órganos administrativos cuyas competencias se superpongan, dupliquen o puedan ser ejercidas de mejor manera con arreglo a los principios de eficacia, eficiencia, efectividad y economía.*

La demora en la presentación del correspondiente estudio, se sancionará con multa del 10% del salario básico unificado del trabajador en general, por cada semana de retraso.

QUINTA.- *En un plazo de dos años contados desde la fecha de publicación de este Código, las entidades u órganos responsables del diseño de procesos dentro de la correspondiente administración pública, pondrán a disposición de la máxima autoridad administrativa, un estudio de reingeniería de los procedimientos administrativos dirigido a cumplir los siguientes cometidos:*

- 1. Identificar, modificar o suprimir los trámites administrativos, autorizaciones administrativas y controles establecidos, que resulten injustificados.*

- 2. Identificar y suprimir las actuaciones administrativas repetitivas dentro de los trámites administrativos y controles innecesarios.*
- 3. Identificar y suprimir los requisitos materiales impuestos en los trámites administrativos que no han sido previstos, en una norma expedida por los órganos con competencias normativas, de conformidad con la Constitución y la ley.*
- 4. Identificar los trámites administrativos en los que sea posible utilizar nuevas tecnologías de la información y comunicación e implementar las soluciones informáticas necesarias que faciliten el acceso a las personas.*
- 5. Identificar e integrar los trámites administrativos que un mismo interesado deba promover dentro de la misma administración, de modo que el resultado de un procedimiento no constituya un requisito para iniciar el segundo y así sucesivamente hasta que la persona pueda obtener el servicio o la respuesta que motiva su petición a dicha administración.*
- 6. Identificar e instrumentar los mecanismos de colaboración necesarios para integrar los trámites administrativos a cargo de distintas administraciones, cuando estas, en conjunto deban satisfacer el servicio o la respuesta que motiva la petición de una persona.*
- 7. Determinar las necesidades de talento humano y medios y asignarlos a fin de atender las tareas previstas para cada uno de los trámites administrativos en función de la demanda de actuaciones administrativas e indicadores de desempeño.*

SEXTA.- *En el plazo de seis meses contados desde la publicación de este Código, la Dirección Nacional de Archivo de la Administración Pública expedirá la regla técnica nacional para la organización y mantenimiento de archivos públicos. En la regla técnica se dispondrá los estándares nacionales para alcanzar los objetivos previstos en este Código.*

En el plazo de seis meses contados desde la fecha de publicación de la regla técnica nacional, las administraciones públicas organizarán los archivos públicos vinculados con las competencias a su cargo.

SÉPTIMA.- *En el plazo de doce meses contados desde la publicación de este Código, las administraciones públicas implementarán para la prestación de los servicios electrónicos:*

- 1. Las oficinas de atención presencial, que pondrán a disposición de las y los ciudadanos de forma libre y gratuita los medios e instrumentos precisos para ejercer los derechos reconocidos en este Código. Contará con asistencia y orientación, sobre su utilización.*
- 2. Puntos de acceso electrónico, consistentes en sedes electrónicas creadas y gestionadas por las entidades públicas y disponibles para las y los ciudadanos a través de redes de comunicación. En particular se creará un acceso general, a través del cual, las y los ciudadanos puedan en sus relaciones con la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, acceder a toda la información y a los servicios disponibles. Este punto de acceso general contendrá la relación de servicios a disposición de las y los ciudadanos y el acceso a los mismos, debiendo mantenerse coordinado, por lo menos, con los restantes puntos de acceso electrónico de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.*
- 3. Servicios de atención telefónica, en la medida en que los criterios de seguridad y las posibilidades técnicas lo permitan, para facilitar a las personas el acceso a la información y servicios electrónicos.*

OCTAVA.- *En el plazo de tres meses contados a partir de la publicación del presente Código en el Registro Oficial, las administraciones que requieran la emisión de especies valoradas para la gestión de las tasas administrativas o precios públicos expedirán las regulaciones para su instrumentación, custodia, administración y baja.*

A partir del tercer mes, desde la fecha de publicación de este Código en el Registro Oficial, se derogan las normas de rango de ley o aquellas de inferior jerarquía que contengan disposiciones relacionadas con especies valoradas.

NOVENA.- *La Asamblea Nacional armonizará y adecuará el ordenamiento jurídico al Código Orgánico Administrativo (COA).*

DÉCIMA.- *En un plazo de seis meses contados desde la publicación de este Código en el Registro Oficial, las Administraciones Públicas desarrollarán los aplicativos necesarios para los remates de bienes, a través de plataforma informática.*

DÉCIMA PRIMERA.- *El Ministerio de Finanzas, en un plazo de dos meses, contados a partir de la publicación de la presente ley en el Registro Oficial, procederá a la apertura de una cuenta recaudadora en una entidad del sistema financiero nacional, en la que se depositarán las recaudaciones derivadas de los procesos coactivos ejecutados, por parte de la Contraloría General del Estado.*

Una vez notificada la apertura de la cuenta recaudadora, la Contraloría General del Estado en un plazo de sesenta días, transferirá todos los valores recaudados que se encuentren depositados en la cuenta número 10002195 “Contraloría General, Títulos de Crédito”, del Banco Nacional de Fomento y cerrará la misma.

DISPOSICIONES REFORMATORIAS

PRIMERA.- *Reformase en el Código Orgánico General de Procesos, las siguientes disposiciones:*

1. *Incluir después del artículo 14 el siguiente artículo:*

“Artículo 14 A.- Conflicto de competencia entre órganos administrativos. En caso de que no exista un órgano administrativo superior que dirima los conflictos de competencia positiva o negativa entre órganos administrativos, el último de los órganos que haya reclamado o negado la competencia remitirá el asunto al Tribunal Contencioso Administrativo competente y a la entidad que considera competente o incompetente con las debidas razones, para que en el término de hasta tres días la entidad notificada presente sus argumentos, con respecto a su competencia o incompetencia.

La o el juzgador miembro del Tribunal resolverá en mérito de los autos en hasta diez días de recibidos los argumentos de la entidad notificada.”

2. *Agrégase en el artículo 53 como párrafo final el siguiente texto:*

“Toda citación deberá ser publicada en la página web del Consejo de la Judicatura, a través de los medios electrónicos y tecnológicos de los que disponga la Función Judicial.”

3. *Sustituyese el número 4 del artículo 326 por el siguiente: “4. Las especiales de:*

a) El pago por consignación cuando la o el consignador o la o el consignatario sea el sector público comprendido en la Constitución de la República.

b) La responsabilidad objetiva del Estado.

c) La nulidad de contrato propuesta por el Procurador General del Estado, conforme con la ley. d) Las controversias en materia de contratación pública. e) Las demás que señale la ley.”

4. *Sustituyese el artículo 327 por el siguiente:*

“Artículo 327.- Procedimiento. Todas las acciones contencioso-administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario.”

5. *A continuación del artículo 370 incorporase el siguiente artículo:*

“Artículo 370 A.- Ejecución por silencio administrativo.

Si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes.

Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.”

6. *Añádase como Disposición General Cuarta, la siguiente:*

“CUARTA.- Cuando las leyes se refieran a la venta o remate al martillo o, en general, a las ventas con intervención de martillador público, los jueces ordenarán la práctica del remate conforme al artículo 314 del Código Orgánico de la Función Judicial.

SEGUNDA.- Reformase en la Ley Orgánica de Empresas Públicas, la siguiente disposición:

1. Sustituyese el primer párrafo de la disposición general cuarta por la siguiente:

“Cuarta. Jurisdicción coactiva. Las empresas públicas tienen jurisdicción coactiva para la recaudación de los valores adeudados por sus clientes, usuarios o consumidores. La ejercerán de conformidad con lo previsto en el Código Orgánico Administrativo.”

2. Sustituyese en el segundo párrafo de la disposición general cuarta la frase “en esta ley” por “en el Código Orgánico Administrativo.”

TERCERA.- Reformase en la Ley Orgánica de Comunicación, la siguiente disposición:

1. Agrégase en el artículo 56 como párrafo final, el siguiente texto:

“La Superintendencia de la Información y Comunicación podrá realizar comunicaciones y amonestaciones escritas a los administrados para llamar su atención sobre prácticas que deban ser mejoradas o corregidas porque ponen o pueden poner en riesgo el ejercicio de los derechos a la comunicación.”

CUARTA.- Reformase en la Ley Orgánica de Servicio Público, las siguientes disposiciones:

1. Sustituyese el literal c) del artículo 48 por el siguiente:

“c) Haber recibido sentencia condenatoria ejecutoriada por los delitos de: cohecho, peculado, concusión, prevaricato, enriquecimiento ilícito y en general por los delitos señalados en el artículo 10 de esta Ley;”

2. Sustituyese el artículo 93 por el siguiente:

“Art. 93.- Declaración de la prescripción o la caducidad.- El órgano de administración de justicia competente declarará la prescripción o la caducidad, invocada por cualquiera de las partes, como acción o excepción.”

QUINTA.- *Reformase en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la siguiente disposición.*

1. incorporase a continuación del artículo 58 el siguiente artículo:

“Artículo 58 A.- Los bienes inmuebles del Estado a nombre del gobierno nacional o central, gobierno supremo u otras denominaciones similares, que consten registrados dentro del patrimonio de las diversas instituciones, se entenderán que se encuentran bajo dominio de estas.

Al efecto, el Director Financiero de la Institución o quien haga sus veces, emitirá un certificado, con fundamento en el cual el Ministro respectivo o la máxima autoridad expedirá el acto administrativo correspondiente que se procederá a elevar a escritura pública e inscribir en el Registro de la Propiedad.

Los bienes registrados a nombre del gobierno nacional o central, gobierno supremo u otras denominaciones similares, con respecto a los cuales no exista un claro destino, pasarán a dominio de INMOBILIAR.

SEXTA.- *Reformase en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la siguiente disposición:*

1. Sustituyese el artículo 57 por el siguiente:

“Artículo 57.- Ejecución coactiva de las resoluciones confirmatorias. La recaudación de las obligaciones a favor de las instituciones, organismos y empresas sujetas a esta ley, derivadas de resoluciones de la Contraloría General del Estado, que confirmen la existencia de responsabilidades civiles o administrativas culposas, se ejecutará, incluso mediante procesos coactivos, exclusivamente a través de la Contraloría General del Estado, independientemente de que la entidad beneficiaria posea capacidad coactiva propia. Una vez efectuado el pago o recaudada la obligación, los valores respectivos serán transferidos a la Cuenta Única del Tesoro Nacional.

El ejercicio de la acción coactiva por parte de la Contraloría General del Estado, así como el trámite de las excepciones que interpongan los deudores, sus herederos o fiadores, se sustanciará de conformidad, con las normas del Código Orgánico Administrativo.

Tendrá también competencia la Contraloría General del Estado para recaudar, incluso mediante la jurisdicción coactiva, aquellas obligaciones establecidas tanto a su favor, como al de las demás entidades, instituciones y empresas del Estado sujetas a esta ley, que no tuvieran capacidad legal para ejercer la coactiva, que sin derivarse del control de los recursos públicos, generen derechos de crédito en los términos previstos en el Código Orgánico Administrativo.

SÉPTIMA.—*Reformase en el Código Orgánico de la Función Judicial, las siguientes disposiciones:*

1. *Reformase el Artículo 217, de la siguiente manera:*

a) *Al final del texto del numeral 14, suprimase lo siguiente: “y”;*

b) *El numeral 15 pasará a ser el numeral 16; y,*

c) *Añádase a continuación del numeral 14, el siguiente:*

“15. Conocer y resolver, de manera unipersonal, los conflictos de competencia que surjan entre órganos administrativos que carezcan de un órgano superior que dirima la competencia; y,”

2. *Agrégase en el artículo 231 a continuación del numeral 4 uno con el siguiente texto:*

“5. Conocer las medidas provisionales de protección y medidas cautelares previstas en el Código Orgánico Administrativo para ser ejecutadas previa autorización judicial.”

3. *Agregar en el artículo 264 número 8, después de la letra d); lo siguiente:*

e) *Establecer o modificar el funcionamiento de los Tribunales Contencioso Administrativos y Contencioso Tributarios, que de acuerdo a la necesidad del servicio, podrán conformarse por jueces de manera unipersonal o pluripersonal.*

4. *Reemplácese el CAPÍTULO II del TÍTULO VI ÓRGANOS AUXILIARES DE LA FUNCIÓN JUDICIAL, por el siguiente:*

*“Capítulo II**DEPOSITARIAS Y DEPOSITARIOS JUDICIALES, SÍNDICAS Y SÍNDICOS, LIQUIDADORAS Y LIQUIDADORES DE COSTAS**Sección I**DISPOSICIONES GENERALES*

Art. 308.- Nombramiento. Las depositarias y depositarios judiciales, las sindicas y síndicos y las liquidadoras y liquidadores de costas, serán nombrados de acuerdo con lo previsto en este Capítulo.

Art. 309.- Incompatibilidad. Las depositarias y los depositarios judiciales; las sindicas y los síndicos; las liquidadoras y los liquidadores de costas no podrán actuar en causas en que tuvieren interés ella o él, su cónyuge o conviviente o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

*Sección II**DEPOSITARIAS Y DEPOSITARIOS JUDICIALES*

Art. 310.- Designación del depositario judicial. La o el juzgador, designará como depositaria o depositario judicial a la persona propuesta por la parte solicitante, quien será responsable de cubrir los derechos de las depositarias o depositarios.

Si la o el juzgador considera conveniente, por circunstancias especiales, podrá nombrar como depositaria o depositario judicial a la misma persona poseedora del bien embargado o secuestrado. En caso de oposición justificada de la o el acreedor a esta designación, la o el propietario del bien deberá caucionar el valor total de los bienes depositados.

La persona designada asumirá las obligaciones previstas en este Capítulo para depositarias o depositarios.

Art. 311.- Intervención de las y los depositarios judiciales. Las y los depositarios judiciales intervendrán en los embargos, secuestros de bienes y otras medidas legales y se harán cargo de estas en la forma que conste en el acta respectiva.

Art. 312.- Responsabilidades de las depositarias y los depositarios judiciales. Las y los depositarios judiciales tendrán responsabilidad personal, civil y penal, por el depósito, custodia y conservación de los bienes de toda clase que reciban en ejercicio de sus funciones y rendirán la fianza que establecerá mediante el respectivo reglamento el Consejo de la Judicatura.

Si se comprueba que la cosa depositada produjo una cantidad mayor que la recaudada, la o el depositario perderá los derechos que le asigna la ley y pagará la diferencia, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar.

Art. 313.- Prohibición. La depositaria o el depositario judicial está prohibido de hacer uso o de aprovecharse de la cosa depositada, por cualquier medio. En cambio, tiene la obligación de procurar que dichos bienes rindan frutos en beneficio del dueño del bien y del acreedor.

La o el depositario será civil y penalmente responsable en caso de destrucción o deterioro doloso o culpable de los bienes a su cargo, de conformidad con la ley.

Art. 314.- Solicitud de remate. La depositaria o el depositario judicial o los interesados podrán solicitar a la o el juzgador de la causa el remate de los bienes muebles y papeles fiduciarios que se encuentren bajo su custodia, siempre que su conservación sea onerosa o esté sujeta a deterioros o manifiesta y grave desvalorización.

Se considera conservación onerosa el costo de bodegaje determinado por el paso del tiempo o el espacio ocupado en la bodega, en relación con avalúo comercial del bien. Asimismo, es desvalorización manifiesta y grave el avance tecnológico que determine la pérdida acelerada del valor comercial del bien depositado.

La o el juzgador escuchará a las partes y al cerciorarse de la realidad, podrá ordenar, previo el correspondiente avalúo, el remate en línea correspondiente; de esta resolución habrá únicamente recurso de apelación en efecto no suspensivo que se tramitará en proceso separado.

El Consejo Nacional de la Judicatura dictará la norma para regular esta disposición.

Art. 315.- Empleadas y empleados bajo dependencia. Las y los empleados bajo dependencia de las y los depositarios judiciales en sus relaciones con sus empleadores se regirán por el Código de Trabajo.

Sección III

SÍNDICAS Y SÍNDICOS

Art. 316.- Deberes y atribuciones. Son deberes y atribuciones de la síndica o del síndico:

- 1. Representar judicial y extrajudicialmente a las o los acreedores, activa y pasivamente.*
- 2. Practicar las diligencias conducentes a la seguridad de los derechos y a la recaudación de los haberes de la quiebra, insolvencia o concurso preventivo y liquidarlos según las disposiciones de ley.*
- 3. Llevar los libros de ingresos y egresos debidamente documentados; depositar diariamente, en el banco correspondiente, las cantidades que recaude; y, remitir cada seis meses, a la o al juzgador de la causa y a la dirección regional respectiva del Consejo de la Judicatura, un informe de sus actividades, con el detalle del movimiento contable, bajo pena de destitución.*
- 4. Los demás que establezcan la ley y los reglamentos.*

La o el juzgador designará como síndica o síndico a la persona propuesta por la parte solicitante, quien será la responsable de cubrir los derechos de los mismos.

Sección IV

LIQUIDADORAS Y LIQUIDADORES DE COSTAS

Art. 317.- Funciones. Las y los liquidadores de costas tendrán a su cargo la liquidación de las costas y los costos procesales, comprendidos intereses y cualquier indemnización con respecto a la obligación principal.

Se prohíbe expresamente que actúe como liquidadora o liquidador de costas, una o un servidor judicial. La trasgresión a esta norma constituirá falta disciplinaria cuya gravedad será graduada por la autoridad sancionadora.

DISPOSICIONES DEROGATORIAS

PRIMERA.- *Deróganse todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando.*

SEGUNDA.- *Derógase la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, publicada en el Registro Oficial No. 349, de 31 de diciembre de 1993 y sus reformas.*

TERCERA.- *Deróganse los artículos 22, 54, 73, 269, 277 y 278 del Código Orgánico Monetario y Financiero, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 332, de 12 de septiembre de 2014.*

CUARTA.- *Deróganse los artículos 57 y 59 de la Ley Orgánica de Comunicación, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 22, de 25 de junio de 2013.*

QUINTA.- *Deróganse los artículos 126, 127, 128, 129, 134 y 135 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, publicada en el Registro Oficial Suplemento No. 439, de 18 de febrero de 2015.*

SEXTA.- *Deróganse los Capítulos I y II del Título IV de la Ley Orgánica de Donación y Trasplante de Órganos, Tejidos y Células, publicada en el Registro Oficial No. 398, de 4 de marzo de 2011.*

SÉPTIMA.- *Deróganse los artículos 350 a 353 y el Capítulo Siete del Título Ocho del Código Orgánico de Organización Territorial Autonomía y de Descentralización, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 303, de 19 de octubre de 2010.*

OCTAVA.- *A partir del tercer mes, desde la fecha de publicación de este Código en el Registro Oficial, se derogan las normas de rango de ley o aquellas de inferior jerarquía, que contengan disposiciones relacionadas con las especies valoradas.*

NOVENA.- *Deróganse otras disposiciones generales y especiales que se opongan al presente Código Orgánico Administrativo.*

DISPOSICIÓN FINAL

El Código Orgánico Administrativo entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dado y suscrito en la sede de la Asamblea Nacional, ubicada en el Distrito Metropolitano de Quito, provincia de Pichincha, a los veinte días del mes de junio de dos mil diecisiete.

f.) DR. JOSÉ SERRANO SALGADO Presidente

f.) DRA. LÍBLA RIVAS ORDOÑEZ Secretaria General.

Bibliografía

I. OBRAS Y DOCTRINA

- ABAD HERNANDO. *Acción contencioso administrativa de plena jurisdicción*, ob. cit. J.A. 10-IX-73, GONZÁLEZ PÉREZ, ob. cit.; BIELSA, La Ley, T. 56, D. 787.
- ABARCA GALEAS, Luis Humberto. (2009). *El Estado Constitucional de Derecho y Justicia Social y sus instituciones tutelares*, Quito.
- AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. *La estabilidad del acto administrativo en la legislación ecuatoriana*. Revista Judicial Derecho Ecuador.
- AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. *Apuntes sobre la Acción de lesividad en la legislación ecuatoriana*. Obtenido de la página web: [http:// administrativopuce.blogspot.com/2009/11/apuntes-sobre-laaccion-de-lesividad-en.html](http://administrativopuce.blogspot.com/2009/11/apuntes-sobre-laaccion-de-lesividad-en.html).
- ALIBERT, Raphael. *Le controle juridictionnel de l'Administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, París.
- ALTAMIRA, Pedro Guillermo. (1962). *Principios de lo Contencioso Administrativo*. Editorial Bibliográfica Ameba. Buenos Aires.
- ÁLVAREZ TABIO, Fernando. (1954). *El proceso contencioso-administrativo*. La Habana.
- AMPUERO, Iván Hunter. *The judicial application of law in the Civil Procedural Act Project*. Revista de derecho (Valdivia). Versión On-line ISSN 0718-0950.
- ARAUJO JUÁREZ, José. (2008). *Derecho Administrativo, Parte General*. Caracas Venezuela. Ediciones Paredes.
- BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. (2007) *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito
- BÉNAVENT, Alain (2014). *Droit des Obligations*, 14 Edición, Lextenso Ediciones. Paris.
- BERCAITZ, Miguel Ángel. (1964). *Proceso y Procedimiento Contencioso Administrativo*. R.A.P. No 44 Madrid.
- BERCAITZ, Miguel Ángel. (1952). *Teoría General de los Contratos Administrativos*. Buenos Aires.
- BERISLAIN Carlos Martín. (2009). *La reparación del diseño al cumplimiento” en Diálogo sobre la reparación: Qué reparar en los casos de violaciones de derechos humanos?*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

- BETANCURT Jaramillo Carlos. *Derecho Procesal Administrativo*. Octava Edición. Señal Editora. Colombia.
- BIASCO, Emilio. *La suspensión jurisdiccional de la ejecución del acto administrativo y otras medidas cautelares análisis jurisprudencial y prospectiva*.
- BIELSA, Rafael. (1964). *Derecho Administrativo*. Tomo II, nota in fine, sexta ed., Buenos Aires.
- BOQUERA OLIVER, José M. (1988). *Estudios sobre el acto administrativo*, Ed. Civitas, 5.a ed.
- BUSTOS VALDIVIA, Ceferino. *El Pago por Consignación Aspectos doctrinales y jurisprudenciales*.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. (1993). *Diccionario Jurídico*. Editorial Eliasta. Undécima Edición. Buenos Aires. "C".
- CANOSA, ARMANDO. *El Concepto de Recurso Administrativo*.
- CANOSA SUAREZ, Ulises. *El Proceso Civil por Audiencias*.
- CAPPELLETTI, Mauro. (1972). *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*. Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América.
- CARNELUTTI, Francesco (1944). *Sistema de derecho procesal civil*. Tomo. I. Buenos Aires, Uteha.
- CASSAGNE, Juan Carlos. *Los Contratos de la Administración Pública*. (Distintas categorías y regímenes jurídicos).
- COUTURE, Eduardo J. (1993). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*; De Palma; Buenos Aires.
- COUTURE, Eduardo J. (2010). *Vocabulario Jurídico*. Montevideo. Uruguay Edición número: 4ª.
- CHAVES GARCÍA, José Ramón. (2007). *La prueba contencioso administrativa: Análisis dogmático y jurisprudencial*. Universitas Madrid.
- CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho procesal civil*.
- DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis H. *Principios de Derecho Tributario*, Editorial PAC, México.
- DEVIS ECHANDIA, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo III, Segunda Edición.

- DICCIONARIO JURÍDICO AMBAR. (1999). Tomo. IV. Cuenca, Editorial Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOL. Edición del Tricentenario. Obtenido de la página web: <http://dle.rae.es>.
- DÍAZ BARRIGA, Mercedes. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Capítulo XIV. *Consideraciones procesales I. La legitimación procesal*. Obtenido de la página web: www.juridicas.unam.mx
- DÍEZ PICAZO, Luis, (1993). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Ed. Civitas, 4.a ed.
- DÍEZ, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1972, T. VI, nota 37.
- DROMI, José Roberto. *Acciones Procesales Administrativas*.
- DROMI, José Roberto. *Acción de Lesividad*, pág. 212 y 213; citando a GUAITA: *El proceso administrativo de lesividad*, Barcelona, 1953, pp.20-29. Cfr. arts. 28, párrafo 3, 56, 57, párrafo 4, y 58, párrafo 5 de la Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de España.
- DROMI, José Roberto. (1996). *Manual de Derecho Administrativo*. Editorial Astrea, Argentina.
- DUGUIT, León. traducido por ACUÑA José G. (1926). *Manual de Derecho Constitucional*, Segunda Edición. Madrid-España: Editorial Librería Española y Extranjera Príncipe.
- ESCOLA, Héctor Jorge. (1977). *Tratado integral de los contratos administrativos*. Depalma Buenos Aires, Vol. I
- ESCUDERO, Jhoel. (2013). *Reconocimiento constitucional del derecho a la reparación integral y su complicado desarrollo en Ecuador en Manual de justicia constitucional ecuatoriana*. Quito: Centro de Estudios y Difusión de Derecho Constitucional.
- FERRAJOLI, Luis. (1999). *Derechos y Garantías, la Ley del más débil*, Madrid, Trotta.
- FIORINI, Bartolomé. (1965). *Qué es el Contencioso*, Bs. As.
- FRAGA, Gabino. (1984). *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, S.A., México.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1991). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid. Editorial Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La figura del contrato administrativo*.

- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; RAMÓN FERNÁNDEZ, Tomás. (1986). *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, Tomo. I.
- GARCÍA FALCONÍ, José. *El Derecho Constitucional de petición*. Revista Judicial. Obtenido de la página web: derechoecuador.com.
- GARCÍA FALCONÍ, José. *Ofrecimiento de la Prueba en el COGEP*. Revista Judicial. Obtenido de la página web: derechoecuador.com.
- GARCÍA PULLES, Fernando Tomo I, OBRA.
- GARRIDO FALLA, Fernando (2005). Con la colaboración de Alberto Palomar Olmeda y Herminio Losada González) *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Decimocuarta edición, Madrid, Tecnos.
- GARRIDO FALLA, Fernando. *La llamada doctrina del silencio administrativo*.
- GIORGI, Héctor. *El Contencioso administrativo de anulación*. (Montevideo,1958); MÉNDEZ Aparicio. *Lo contencioso de anulación en el derecho Uruguayo* (Montevideo, 1952); GARRIDO FALLA. *El recurso subjetivo de anulación*, en R.A.P., No 3. (Madrid, 1950), RODRÍGUEZ ELIZONDO, José A. *Protección jurisdiccional de los administrados (El exceso de poder)*. Seminario de Derecho Público No 7 (Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1961).
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (1950). *La declaración de lesividad*, en el núm. 2 de esta REVISTA.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (1998). *La extinción de la eficacia ejecutiva en la sentencia administrativa*.
- GONZÁLEZ VARAS, S. *La Jurisdicción contencioso administrativa en Alemania*, Civitas, Madrid.
- GORDILLO, Agustín. *El Procedimiento Administrativo*. Parte general I.
- GORDILLO, Agustín. *La protección judicial. Derecho procesal administrativo lo contencioso administrativo*. Obtenido de la página web: [http:// www.gordillo.com/ pdf_ tomo9/libroi/capitulo14.pdf](http://www.gordillo.com/pdf_tomo9/libroi/capitulo14.pdf).
- GORDILLO, Agustín. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*. Bogotá, Fundación de Derecho Administrativo. Biblioteca Jurídica Dike.
- GUERRERO VARGAS, Mireya. *La prueba pericial en el proceso contencioso administrativo*. Boletín Institucional Corte Nacional de Justicia. No. 25 del 3 Septiembre - Octubre 2016.

- GUASP, Jaime. (1968). *Derecho Procesal Civil, Tomo I*, tercera edición corregida, editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid. HAURIOU, Maurice. (1921). *Precis de Droit Administratif*, 10ª Ed, París.
- HENAO, Juan Carlos. (1998). *El Daño. Análisis Comparativo de la Responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés*. Bogotá. Universidad de Externado de Colombia.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, María Victoria. *Los principios generales de oralidad y escritura en el proceso canónico según la instrucción*. Dignitas connubii.
- JÁCOME ORDÓÑEZ, María del Carmen. *La prueba en el proceso contencioso administrativo*. Aportes al Derecho Boletín Institucional Julio - agosto 2016 Nro. 24 de la Corte Nacional de Justicia.
- JARAMILLO ORDÓÑEZ, Hernán. (1999). *Manual de Derecho Administrativo*. Loja, Editorial Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Nacional de Loja.
- JELLINEK, Walter. Berlín. (1931). 3ª ed., reimpresión 1948, Offenburg, Lehrmittel Verlag.
- JIMÉNEZ VIVAS, Javier. *Significado y el empleo de la expresión “contencioso administrativo”*.
- KORMANN, List. *Einführung in die Praxis des deutschen Verwaltungsrechts*. 1930, 2ª ed.
- MAIRAL, Héctor A. (1984). *Control Judicial de la Administración Pública*, II, Buenos Aires, Depalma.
- MARIENHOFF, Miguel S. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo, T. III-A, Cap. I Principios generales*. Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- MATTIROLO, Luis. *Tratado de Derecho Judicial Civil*. 1ª ed., Edit. Reus, Madrid.
- MARTÍN MATEO, Ramón. (1970). *Manual de derecho administrativo*, Madrid.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David. (2010). *Metodología Jurídica y Argumentación*. Marcial Pons.
- MERKL, Adolfo. (1935). *Teoría general del derecho administrativo*. Madrid.
- MILLAR, Robert W. (1945). *Los Principios Formativos del Procedimiento Civil*. Buenos Aires.
- MORALES TOBAR, Marco. (2005). *El Control de la Administración y la Justicia Constitucional en el Ecuador*. Serie Fortalecimiento de la Justicia Constitucional en el Ecuador. Corporación Editora Nacional.
- MORALES TOBAR, Marco. *Derecho procesal administrativo*. Texto guía.

- MORELLO, Augusto M. y CAFFERATA, Néstor A. (2004). *Visión Procesal de Cuestiones Ambientales*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni.
- NARVÁEZ PASOS, Guillermo. *Resolución oral y motivada de la causa, en audiencia*. Corte Nacional de Justicia. Enero - Junio, 2017 Quito - Ecuador. Diálogos judiciales 4 Tema central: Comentarios al COGEP.
- NAVA NEGRETE, Alfonso. (1959). *Derecho Procesal Administrativo*. Porrúa, México.
- NIETO, Alejandro. *Lesividad y expropiación*. En el núm. 36 de esta REVISTA. Madrid, Í6i.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. *Cuadernos de filosofía del derecho. Dos conceptos de discrecionalidad Jurídica*.
- LÓPEZ FREIRE, Ernesto. (2003). *La Responsabilidad Objetiva en la Constitución Política del Ecuador*. Ediciones Legales.
- LÓPEZ BLANCO, Hernán. (1997). *Instituciones de derecho procesal civil colombiano*. Ed. Dupre editores, 7° Edición, Santafé de Bogotá.
- LÓPEZ DE ZAVALIA, Fernando. *Teoría de los Contratos* Tomo I Parte General.
- LOWENROSEN, Flavio I. (1968). *Práctica de Derecho Administrativo*. Ediciones Jurídicas. Argentina Buenos Aires.
- LUQUI, Roberto Enrique. (2005). *Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*. Tomo II, Buenos Aires, Astrea.
- OSPINA, Guillermo. (2005). *Régimen General de las Obligaciones*, Octava Edición. Bogotá-Colombia, TEMIS S.A.
- PAILLÁS PEÑA, Enrique (1991): *Estudios de Derecho Probatorio* Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PALLARES. Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 2a. Ed., México. Porrúa.
- PERA VERDAGUER, Francisco. (1962). *Comentarios a la Ley de lo Contencioso Administrativo*. Edit. Bosch. Barcelona.
- PEQUIGNOT, G. *Juris Classeur Administratif*. Fase 500, número 212, París, 1964, cit. por MONTORO PUERTO en la obra: *Contratos administrativos atípicos*. Madrid, 1969.
- PLANIOL, M. (1951). *Traité élémentaire de droit civil. Tome premiere*. Sexta edición. Paris, Francia, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence R. Pichon et R. Durand Auzias.

- PUIGPELAT, Oriol Mir. (2003). *El concepto de derecho administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*. Revista de Administración Pública. Núm. 162. Septiembre-diciembre.
- QUEVEDO MENDOZA, Efraín Ignacio. (1989). *Modos de Impugnación en el proceso concursal*. Revista J.A. Buenos Aires Argentina.
- RAMÍREZ ROMERO, Carlos M. (2016). Presidente de la Corte Nacional de Justicia. Boletín Institucional No. 25 3 Septiembre - octubre (Presentación).
- RICCI, G., (1995). *Individuazione' o 'sostanziazione' nella riforma del processo civile*, en Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile, año XLIX.
- ROCCO, Ugo. (2002). *Derecho Procesal Civil*. Ciudad de México: Editorial Jurídica Universitaria.
- RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo. *La explicación histórica del Derecho Administrativo*.
- RODRÍGUEZ LOBATO, Raúl. (1986). *Derecho Fiscal*. Segunda Edición. México Ed. Haría.
- ROSEMBERG, L. (1955). *Tratado de derecho procesal civil*, (trad., Romera Vera, A), T. I, Buenos Aires.
- SALINAS MONTAÑO, Clotario. *Nulidad del Acto Administrativo*. Revista Judicial Derecho Ecuador.
- SÁNCHEZ RUBIO, Aquilina. (2003). *Anuario de la Facultad de Derecho*. ISSN 0213-988-X. vol. XXI.
- SANDULLI, Aldo M. *Manuale di Diritto amministrativo*. Vol. 11.
- SARRIA, Consuelo. (1981). *Control Judicial de la Administración Pública. Justicia Administrativa*. Tucumán. Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino UNSTA.
- SECAIRA, Patricio. (2004). *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito. Editorial: Universitaria.
- SOTELO DE ANDREU, Mirta G. (1998). *El silencio de la Administración,* en AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral los días 20, 21 y 22 de mayo de 1998, RAP. Buenos Aires.
- TINAJERO VILLAMAR, Francisco. Conferencia dictada por el 20 de noviembre de 1986, durante el III Congreso Internacional de Derecho Administrativo "Los Cien Años de la Constitución". Bogotá, en Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, No.10, Año 1991, Quito.

VEDDEL. Georges, (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid, Biblioteca Aguilar.
Cita obtenida de la página web: <http://www.bibliojuridica.org/libros/4/1594/16.pdf>.

VÉSCOVI, Enrique. (1999). *Teoría General del Proceso*, segunda edición actualiza.
Edit. Temis. Bogotá.

VICUÑA DOMÍNGUEZ, Lorena. *El Nuevo Procedimiento Contencioso Administrativo*.

VICUÑA DOMÍNGUEZ, Lorena y CHÁVEZ PAREJA. Juan. (2016). *Manual del Código Orgánico General de Procesos (COGEP)*. Edit. Corporación de Estudios y Publicaciones. Quito.

VILLOSLADA GUTIÉRREZ, María. (2013). *El control de la Discrecionalidad*.
Universidad de la Rioja, Servicio de Publicaciones.

ZAVALA EGAS, Jorge. (2012). *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Quito: Edilex S.A.

II. JURISPRUDENCIA ECUATORIANA Y EXTRANJERA

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR: *Sentencia N.º 001-08-SI-CC Casos N.º 0003-08-IC/0004-08-IC/0006-08-IC/0008-08-IC “Concepto normativo de Constitución y la noción de eficacia directa”*.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, *Resolución 0529-2015 dentro del juicio 0003-2013 de fecha 10 de septiembre de 2015, Sala de lo Contencioso Administrativo, Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho*.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA.-SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. *Resolución Nro. 662-2017*.

SALA DE LO ADMINISTRATIVO. *Gaceta Judicial. Año XCVI. Serie XVI. Nro. 5. Pág. 1379. (Quito, 10 de enero de 1996)*.

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA *Sentencia No. C-513 de 1994*.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, *Resolución Nro. 662-2017.-SALA ESPECIALIZADA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO*.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, *Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo Resolución 0548-2013 dentro del Juicio No. 0143-2011. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014*.

Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo Nro. 5 con sede en la ciudad de Loja. Resolución Nro. 052-2015, Juicio nro. 353-2010. Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho.

Resolución Nro. 052-2015, Juicio nro. 353-2010. Jurisprudencia Ecuatoriana, Ciencia y Derecho, pág. 61 Ratio Decidendi (razón de la decisión) “Deben considerarse como nulos de pleno derecho los actos administrativos que contradicen de forma directa, los derechos consagrados en la Constitución. La acción de lesividad cabe siempre que los derechos subjetivos generados por el acto administrativo tengan un origen lícito en virtud del mismo acto, pero de no ser así la acción que la Administración puede intentar no es la de lesividad sino directamente la de legitimidad cuando el acto administrativo es frontal y directamente contrario a la constitución.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo Resolución 0530-2013 dentro del Juicio No. 0005-2011. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Resolución 0191-2014 dentro del Juicio No. 0002-2012. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución Nro. 0690-2015 dentro del juicio Nro. 0170-2011 JURISPRUDENCIA ECUATORIANA CIENCIA Y DERECHO 5ta. Edición Período Enero - Diciembre 2015 Quito - Ecuador.

Sala de lo Contencioso Administrativo. Resolución Nro. 0683-2015 dentro del juicio Nro. 0047-201. JURISPRUDENCIA ECUATORIANA CIENCIA Y DERECHO 5ta. Edición Período Enero - Diciembre 2015 Quito - Ecuador.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RESOLUCIÓN No. 252-2012, RECURSO DE CASACIÓN No. 01-2010, 29 de agosto del 2012.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo Resolución No. 0456-2014 dentro del Juicio No. 0439-2010. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo Resolución No. 0295-2014 Juicio No. 0178-2012. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014.

Quito, D. M., 2 de marzo de 2016 SENTENCIA N.0 067-16-SEP-CC CASO N.0 1299-14-EP CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo Resolución 0433-2013 dentro del Juicio No. 0083-2011. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. CASO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (CAMBA CAMPOS Y OTROS) VS. ECUADOR SENTENCIA DE 28 DE AGOSTO DE 2013.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, RESOLUCIÓN NO. 369-2014.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, SENTENCIA DE LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, RESOLUCIÓN NO. No. 246-2012.

Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, Proceso No. 17811-2013-14713.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, *Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Resolución 0530-2013 dentro del Juicio No. 0419-2010. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014.*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, *Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo Resolución 0338-2015 dentro del Juicio No. 0290-2013.* CORTE NACIONAL DE JUSTICIA JURISPRUDENCIA ECUATORIANA CIENCIA Y DERECHO 5ta. Edición Período Enero - Diciembre 2015 Quito - Ecuador.

SENTENCIA CORTE SUPREMA DE CHILE 9 de diciembre de 2013. Rol: 9252-2012. Recurso de casación en la forma y en el fondo en causa "Adm. de Inv. y Sup. Unimarc S.A. con Empresa de Servicios Sanitarios del Bío Bío S.A., Interagro Comercio y Ganado S.A.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL CORTE NACIONAL DE JUSTICIA DEL ECUADOR. RESOLUCIÓN No. 13-2015 Primer Suplemento del Registro Oficial No. 621, de 5 de noviembre de 2015.

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, *Resolución con fuerza de ley. Resolución No. 12-2017.*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, *Resolución con fuerza de ley. Resolución No. 14-2017.*

CORTE NACIONAL DE JUSTICIA, *Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo. Resolución 0326-2014 dentro del Juicio No. 0120-2011. Cuadernos de Jurisprudencia Contencioso Administrativa. Corte Nacional de Justicia 2012 - 2014.*

III. LEGISLACIÓN ECUATORIANA

CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR.

TRATADO DE CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD ANDINA.

CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS.

CÓDIGO ORGÁNICO DE ORGANIZACIÓN TERRITORIAL AUTONOMÍA Y DESCENTRALIZACIÓN.

LEY ORGÁNICA DE GARANTÍAS JURISDICCIONALES Y CONTROL CONSTITUCIONAL.

LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO.

LEY ORGÁNICA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO.

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

LEY ORGÁNICA DE SERVICIO PÚBLICO.

CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO.

LEY DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, PRIVATIZACIONES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS POR PARTE DE LA INICIATIVA PRIVADA.

LEY DE HIDROCARBUROS.

CÓDIGO TRIBUTARIO.

CÓDIGO DEL TRABAJO.

CÓDIGO CIVIL.

LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

ESTATUTO DEL RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA.

IV. PÁGINAS WEB

<http://conceptodefinicion.de/proceso/>

<https://diccionarioactual.com/administrativo/>

http://ual.dyndns.org/Biblioteca/Derecho_Administrativo/Pdf/Unidad_11.pdf

La praxis del Derecho Procesal Administrativo en el Ecuador durante décadas estuvo relegada a un trámite extremadamente lento, con regulaciones normativas desfasadas, indudablemente era una asignatura pendiente del asambleísta en materia de actualización normativa; la sustanciación del proceso contencioso administrativo en este tiempo, implica un cambio de paradigma ideológico en jueces, abogados y profesionales en formación jurídica, el nuevo escenario de litigación deja atrás la cultura del sistema escritural y del extenso informe en derecho, la argumentación jurídica y las técnicas de litigación oral son la estrategia y el método que asegurará de aquí en adelante el éxito de las pretensiones procesales en esta materia.

El análisis doctrinario y jurídico de las acciones contencioso administrativas que contiene esta obra, a la luz de las reformas introducidas por el Código Orgánico General de Procesos, permite a través de conceptos, opiniones de expertos juristas, extractos jurisprudenciales y comentarios, la comprensión de la naturaleza y procedencia de las distintas instituciones procesales que actualmente pueden accionarse en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con el objetivo de aportar elementos explicativos y didácticos que contribuyan a fortalecer conocimientos teóricos y prácticos, necesarios para interactuar dentro del complejo vínculo entre la administración pública y los administrados y principalmente a conducirse dentro de los conflictos jurídicos que de dicha relación continuamente se derivan.



UIO Acuña E2-02 y Agama
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696
WhatsApp: 099 726 5160 - 099 274 7594
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

GYE Telf. (593-4) 2133-705 / Cel.: 0981 928 173

CUE Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero Telf. (593-7) 2837-281

www.cep.org.ec ▪ actualizacionvirtual@hotmail.com

ISBN: 978-9942-10-384-0



9789942103840