

**LA JURISDICCIÓN
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA:
Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades**

Edgar Neira Orellana

Editorial USFQ

Universidad San Francisco de Quito
Campus Cumbayá USFQ, Quito 170901, Ecuador. <http://editorial.usfq.edu.ec>

La Editorial USFQ es un departamento de la Universidad San Francisco de Quito USFQ que fomenta la misión de la Universidad al disseminar el conocimiento para formar, educar, investigar y servir a la comunidad dentro de la filosofía de las Artes Liberales.

La Jurisdicción Contencioso Administrativa: Reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades

Autor: Edgar Neira Orellana
Estudio Jurídico Gallegos Valarezo & Neira, Quito, Ecuador.
Universidad San Francisco de Quito USFQ, Colegio de Jurisprudencia, Programa de
Derecho Administrativo, Quito 170901, Ecuador.

Editor General:
Juan Pablo Aguilar

Comité Editorial:

Luis Parraguez Ruiz; Hugo García Larriva; Oswaldo Santos Dávalos;
José Irigoyen (Comisión de Publicaciones, Colegio de Jurisprudencia USFQ)

Esta obra es publicada luego de un proceso de revisión por pares (peer-reviewed) que contó con la participación de Alvaro J. Mendez Álvarez (Universidad de Cuenca, Cuenca, Ecuador) y un revisor académico anónimo.

Producción Editorial:

María José Valencia, Diego F. Cisneros-Heredia
Diseño: Edwin Fuentes
Revisión de estilo e idioma: La Caracola Editores

(cc) Edgar Neira Orellana, 2016

(cc) Universidad San Francisco de Quito USFQ, 2016

Esta obra se publica bajo los términos de una Licencia Creative Commons Atribución-SinDerivar 4.0 Internacional. Para atribución, los autores originales, título, fuente (Editorial USFQ) y el DOI o URL de la obra deben ser citados.

Diciembre 2016, Quito

Impreso en Ecuador por Prodedim - *Printed in Ecuador*

Publicado en línea en el portal web de la Editorial USFQ: <http://editorial.usfq.edu.ec>
USFQ: <http://libros.usfq.edu.ec/>

ISBN: 978-9978-68-099-5

El uso de nombres descriptivos generales, nombres comerciales, marcas registradas, etc. en esta publicación no implica, incluso en ausencia de una declaración específica, que estos nombres están exentos de las leyes y reglamentos de protección pertinentes y, por tanto, libres para su uso general.

La información presentada en este libro es de entera responsabilidad de su autor. La Editorial USFQ presume que la información es verdadera y exacta a la fecha de publicación. Ni la Editorial, ni el autor dan una garantía, expresa o implícita, con respecto a los materiales contenidos en este documento ni de los errores u omisiones que se hayan podido realizar.

Catalogación en la fuente. Biblioteca Universidad San Francisco de Quito

Neira Orellana, Edgar

La jurisdicción contencioso administrativa : reflexión jurídica sobre sus disfuncionalidades / Edgar Neira Orellana ; editor general, Juan Pablo Aguilar. – Quito : Editorial USFQ, 2016
p. cm.

ISBN: 978-9978-68-099-5

1. Recursos contencioso administrativo – Ecuador. – 2. Actos administrativos. – 3. Recursos contencioso administrativo – Medidas cautelares. – 4. Independencia judicial. – I. Aguilar, Juan Pablo, ed. – II. Título.

LC: KHK 3263 .N45 2016

CDD: 342.866

A la memoria de Edgar Terán Terán quien, con la agudeza del jurista fino, identificó con notable precisión los caminos por los que deberían transitar los ecuatorianos para alcanzar los beneficios de vivir en una sociedad libre.

Introducción

1. ANTECEDENTES Y DETERIORO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

1.1.	Génesis del contencioso administrativo	19
1.2.	El contencioso ecuatoriano en el siglo XIX	21
1.3.	Creación del Tribunal Fical de la República, 1959	22
1.4.	La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968	23
1.5.	El Código Tributario de diciembre de 1975	29
1.6.	La reforma constitucional de diciembre de 1992	30
1.7.	La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada	31
1.8.	El Código Orgánico de la Función Judicial.....	32
1.9.	Inestabilidad del contencioso administrativo propiciada por las resoluciones 054-2013 y 061-2013 del Consejo de la Judicatura	36

2. DISFUNCIONALIDADES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

2.1.	Disfuncionalidades que menoscaban la independencia de los jueces	44
2.1.1.	Un control disciplinario apartado de su finalidad	44
2.1.1.1.	Errores del Código Orgánico de la Función Judicial.....	45
2.1.1.1.1.	Análisis de la infracción grave del Art. 108 No. 8	46
2.1.1.1.2.	Análisis de la infracción gravísima del Art. 109 No. 7	49
2.1.1.2.	Desorden normativo propiciado por el Consejo de la Judicatura.....	51
2.1.1.3.	Dos casos paradigmáticos de infracción a la independencia de la justicia	53
2.1.1.3.1.	Expediente disciplinario de jueces nacionales de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia	54
2.1.1.3.2.	Destitución de los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3	60
2.1.2.	Un sistema de evaluación viciado de arbitrariedad	64
2.1.2.1.	Normas jurídicas aplicables a la evaluación de jueces	64
2.1.2.2.	Inestabilidad normativa	65
2.1.2.3.	Los parámetros de evaluación de jueces distritales aplicados por el Consejo de la Judicatura	67

2.2.	Disfuncionalidades que afectan el derecho constitucional de las partes procesales	71
2.2.1.	El dogma de la ejecutividad de los actos administrativos	72
2.2.2.	La desigualdad procesal	76
2.2.2.1.	Desigualdad procesal en la contestación de demandas	78
2.2.2.2.	Desigualdad procesal para interponer recursos de casación	78
2.2.2.3.	Desigualdad procesal para suspender la eficacia de la sentencia impugnada vía casación	79
2.2.2.4.	Desigualdad procesal en las declaratorias de abandono	80
2.2.2.5.	Desigualdad procesal con relación a la condena en costas	82
2.2.3.	La ineficacia de las sentencias contencioso administrativas	84
2.2.3.1.	La ejecución de las sentencias y el derecho constitucional	84
2.2.3.2.	La eficacia de la sentencia contencioso administrativa hasta antes de 2010	85
2.2.3.3.	La ineficacia de la sentencia contencioso administrativa a partir de 2010	87
2.3.	Disfuncionalidades que deterioran la credibilidad en la jurisdicción contencioso administrativa	88
2.3.1.	Los vicios del proceso escrito	88
2.3.1.1.	La oralidad del nuevo Código Orgánico General de Procesos (COGEP)	92
2.3.1.2.	La oralidad que instituye el COGEP y la realidad procesal del contencioso administrativo y tributario	95
2.3.2.	Acumulación de causas y demora en su tramitación	98
2.3.3.	Retardo en la tramitación de los recursos de casación	108
2.3.4.	La acción extraordinaria de protección y la degradación del contencioso administrativo y del contencioso tributario	113
2.3.4.1.	Inconsistencia normativa	115
2.3.4.2.	Tergiversación de la acción extraordinaria de protección	117
2.3.4.3.	La acción extraordinaria de protección en la práctica	119
2.3.5.	El abandono de causas: un refinado método de denegación de justicia	123
2.3.5.1.	El abandono del proceso: aspectos generales	123
2.3.5.2.	El abandono en el proceso contencioso administrativo	125
2.3.5.3.	El abandono de la causa supone denegación de justicia en el ámbito contencioso administrativo y en el contencioso tributario	127
2.3.6.	Errores en la definición de materias sujetas a la jurisdicción del contencioso administrativo	133
2.3.6.1.	Controversias derivadas de una póliza de seguros	133
2.3.7.	Controversias de propiedad intelectual	135
2.3.8.	Controversias sobre infracciones a la competencia	136

3. DE LA EJECUTIVIDAD Y DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

3.1.	De la autotutela de la Administración	139
3.2.	De la presunción de legitimidad	139
3.3.	Del principio de ejecutividad	143
3.4.	De la suspensión de los efectos de los actos administrativos	146
3.5.	De las clases de medidas suspensivas de actos administrativos.....	149
3.5.1.	Suspensión automática de la eficacia de los actos por mandato legal	150
3.5.1.1.	Progresos jurídicos en materia de suspensión de los efectos de los actos administrativos (período 1973-2002)	151
3.5.1.1.1.	La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformada en septiembre de 1973.....	152
3.5.1.1.2.	El Código Tributario.....	154
3.5.1.1.3.	Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito	156
3.5.1.1.4.	Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), marzo de 1994	157
3.5.1.1.5.	Ley de Radiodifusión y Televisión reformada en mayo de 1995	159
3.5.1.1.6.	Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado de junio de 2002	160
3.5.1.2.	Retrocesos jurídicos en materia de suspensión de los efectos de los actos administrativos, período 2007-2013.....	162
3.5.1.2.1.	Reforma al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, marzo de 2007	162
3.5.1.2.2.	Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, diciembre de 2007	166
3.5.1.2.3.	Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado, noviembre de 2011	174
3.5.1.2.4.	Ley Orgánica de Comunicación, junio de 2013.....	178
3.5.2.	Suspensión de la eficacia de actos en vía administrativa	180
3.5.2.1.	El ERJAFE y la suspensión de la eficacia del acto en sede administrativa.....	181
3.5.2.1.1.	Cuando el órgano que dicta el acto o resolución hubiere incluido en el propio acto una previsión tendiente a suspenderlo (Art. 125 No. 2).	181
3.5.2.1.2.	Cuando el órgano administrativo hubiere iniciado un procedimiento de revisión de oficio de un acto administrativo (Art. 169).	182
3.5.2.1.3.	Cuando se interpusiere un recurso administrativo de reposición, apelación o revisión (Art. 189) por parte interesada	183
3.5.2.2.	El COOTAD y la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa.....	184
3.5.2.2.1.	La suspensión de efectos de actos administrativos impugnados en sede administrativa (Art. 366, inciso 2).	185

3.5.2.2.2.	La suspensión de efectos del acto administrativo sujeto al procedimiento de lesividad (Art. 373, inc. 4)	186
3.5.2.2.3.	La suspensión de autorizaciones (Art. 475).	186
3.5.2.3.	Interés público y suspensión de actos administrativos	187
3.5.2.4.	Acción de lesividad y suspensión de actos administrativos	193
3.5.2.	Suspensión en sede jurisdiccional	196
3.5.3.1.	La suspensión en el Art. 75 de la derogada LJCA.....	197
3.5.3.2.	La suspensión prevista en el Art. 247 del Código Orgánico Tributario	200
3.5.3.3.	La suspensión en procesos de garantías jurisdiccionales	201
3.5.3.4.	La suspensión de los efectos del acto administrativo y la acción de lesividad	207
3.6.	Histórica contradicción entre la LJCA (Art. 76) y el ERJAFE (Art. 189) en materia de suspensión de efectos de actos administrativos	208

4. DE LOS PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA DOGMÁTICA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

4.1.	Falta de aplicación de un régimen de medidas cautelares	217
4.1.1.	El Art. 75 de la derogada LJCA fue una primera excepción a la ejecutividad	218
4.1.2.	El Art. 76 de la derogada LJCA fue una segunda excepción a la ejecutividad	219
4.2.	Las insuficiencias de la garantía jurisdiccional denominada “Medidas cautelares”.....	222
4.3.	Desborde de las acciones de protección	223
4.4.	Criminalización de la relación jurídico administrativa	225
4.5.	Desconfianza en el sistema judicial	228
4.6.	Prácticas violatorias de la ética pública.....	230

5. DEL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR

5.1.	Consideraciones preliminares.....	233
5.2.	Las Constituciones de 1979 y de 2008 frente al carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa	237
5.3.	La tutela judicial efectiva y Código Orgánico General de Procesos	241
5.3.1.	El carácter tutelar de la jurisdicción contenciosa que prevé el COGEP no es una novedad	242
5.3.2.	El COGEP y la suspensión de los actos administrativos impugnados	244
5.3.2.1.	La suspensión del acto en el contencioso tributario	244
5.3.2.2.	La suspensión del acto en el contencioso administrativo.....	247
5.3.2.3.	Limitaciones de la tutela suspensiva prevista en el Art. 330 del COGEP	252

5.3.3.	La tutela judicial efectiva impone no solamente la suspensión de la eficacia de los actos sino otras medidas cautelares	254
--------	---	-----

6. DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

6.1.	Consideraciones preliminares.....	263
6.2.	Naturaleza jurídica de las medidas cautelares	269
6.2.1.	Teoría de la acción cautelar	269
6.2.2.	Teoría del proceso cautelar	270
6.2.3.	Teoría de la providencia cautelar.....	271
6.3.	Del concepto y de sus principales características.....	271
6.3.1.	Instrumentales	272
6.3.2.	Transitorias y revocables	272
6.3.3.	No contradictorias	273
6.3.4.	Complementarias	274
6.4.	De las clases de medidas cautelares en el contencioso administrativo	274
6.4.1.	Suspensión del acto administrativo	276
6.4.2.	Suspensión del acto denegatorio.	277
6.4.3.	Medidas cautelares positivas	279
6.5.	De los requisitos para adoptar medidas cautelares.....	279
6.6.	El derecho procesal ecuatoriano y las medidas cautelares en el ámbito del contencioso administrativo	281
6.6.1.	Código de Procedimiento Civil, Código Orgánico General de Procesos y Ley de Arbitraje y Mediación	281
6.6.2.	El Código Orgánico Tributario.....	284
6.6.3.	Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional	286
6.6.4.	Ley de Propiedad Intelectual	288
6.7.	Medidas cautelares contra ley pero siempre según la Constitución	289
6.7.1.	Planteamiento del problema	289
6.7.2.	A modo de ejemplo: el juzgamiento de la discrecionalidad.....	290
	Epílogo	299
	Bibliografía.....	307

INTRODUCCIÓN

Cuando, hace más de tres siglos, el jurista italiano Antonio de Rosmini afirmó que el derecho nunca resplandece tanto como cuando es violado, tal vez no imaginó que por acierto, la sabiduría de su enunciado iba a sobrevivir el paso del tiempo. Hoy, aquella paremia se confirma en Ecuador porque ha sido el deterioro de la juridicidad el que nos ha venido impulsando a los abogados a ponderar el brillo del Derecho y la importancia que el Derecho Administrativo tiene sobre todos los órdenes en los que el Estado desenvuelve su actividad.

En otras palabras, las multiplicadas violaciones y fracturas del Derecho Público han sido causa eficiente para que remarquemos con más ímpetu que antes el rol que a los jueces distritales les corresponde asumir para controlar la legalidad y lograr ese acariciado resplandecimiento del Derecho. En este contexto, en que del simple irrespeto hemos transitado hacia el desprecio total por la legalidad, resulta inevitable mirar hacia aquellos países que han superado estos dolorosos signos de retraso. En ellos encontramos que un poder público respetuoso de la libertad y un Derecho que lo limita cuidadosamente son factores que convergen y explican la prosperidad económica y niveles aceptables de equidad social; por ello, quienes nos ocupamos del Derecho como abogados, jueces, servidores públicos, catedráticos o estudiantes de Jurisprudencia, no deberíamos perder de vista la repercusión que la institucionalidad y las leyes tienen sobre la vida económica de cualquier país.

Por otro lado, la sola existencia de leyes resulta insuficiente para construir los espacios de libertad que el trabajo creador de ciudadanos y empresas necesita para la generación de riqueza, pues no todo orden legal será capaz, por sí mismo, de

contribuir al crecimiento si es que no respeta principios de libertad, si no asume a la libertad como un solo derecho —libertad de pensamiento, tránsito, credo religioso y asociación no pueden disociarse de la libertad económica—, si no respeta los derechos de propiedad y si no logra articular un órgano jurisdiccional independiente, que solucione con relativo grado de acierto los conflictos que surjan de la relación de sujetos privados con las administraciones públicas. Aquí es donde el contencioso administrativo se levanta como la columna vertebral del Estado de Derecho, porque su funcionalidad permitirá alcanzar un adecuado equilibrio entre poder y libertad, y construir una jurisprudencia que instituya, en el día a día, la previsibilidad que requieren los agentes económicos y los ciudadanos que traban una relación con el Estado.

En otras palabras, el respeto a la legalidad que está llamado a precautelar el contencioso no se agota en el imperio de la ley solamente, como si poco o nada interesaran sus contenidos. La legalidad sin más conllevaría peligrosas consecuencias porque de ella podría emerger un sistema que, amparado en la juridicidad formal, asfixie las libertades individuales e instituya condiciones favorables a un totalitarismo legalista. Basta recordar que las atrocidades del holocausto nazi tuvieron fundamento en las leyes de Nuremberg de 1935, o que el horror de los campos de confinamiento de la Unión Soviética venía auspiciado por unas minorías esclarecidas, a las que el sistema encargó fijar los contenidos del Derecho sin consideraciones hacia la libertad y la propiedad.

Estas dolorosas experiencias históricas en que las torturas, prisiones y exterminio en masa se hicieron de manera legal y apegadas a la norma permitieron al Derecho Administrativo y al Derecho Constitucional arribar a tres conclusiones: la primera, que la libertad como tal es un solo derecho —la libertad de pensamiento, de expresión y la libertad económica no admiten segmentaciones: o se respeta la libertad en su integridad o se la segmenta para terminar desconociéndola—; la segunda, que solo a partir de una legalidad inspirada en principios de libertad se podría sostener el gran edificio del Estado de Derecho; la tercera, que aquellos órdenes jurídicos que comienzan por desconocer los derechos de propiedad y la libertad de los ciudadanos son los más eficaces para terminar pisoteando otros derechos fundamentales.

Por ello, la legalidad que han venido invocando los administrativistas —con cobertura constitucional desde la Carta Política de 1979— siempre tuvo perspectivas más amplias, pues ha venido exigiendo, desde hace mucho tiempo, al menos tres condiciones estrictas que expongo en sentido negativo: la primera, que la ley no puede me-

noscabar la libertad ni los derechos fundamentales de las personas, su integridad, su propiedad; la segunda, que la ley no puede contrariar los mandatos constitucionales; la tercera, que la legalidad no solamente comprende la ley formal, sino las normas constitucionales, las de tratados internacionales que consagran derechos fundamentales, los principios generales del Derecho Administrativo y la jurisprudencia. Esto es lo que la doctrina del Derecho Administrativo desde hace varias décadas ha identificado como *bloque de legalidad*, principio de juridicidad o principio de legalidad. Las consideraciones anteriores me llevan a reflexionar sobre la importancia que la defensa de este principio tiene para la jurisdicción contencioso administrativa, y cómo los jueces de los tribunales distritales podrían contribuir a vertebrar un Estado de Derecho¹ que, sustentado en la legalidad, propicie la confianza de los ciudadanos, promueva en los agentes económicos la credibilidad en las instituciones públicas y contribuya a establecer una equilibrada relación entre poder del Estado y libertad de los sujetos privados.

En este sentido, para construir un sistema jurídico que, a partir del Derecho Administrativo, coadyuve en la promoción del crecimiento y reduzca las brechas en la distribución del bienestar material, será necesario, entre otras cosas, que en las escuelas de Leyes se inicie una reflexión que vincule Derecho y Economía, que analice con profundidad los efectos económicos que provocan las leyes, revisando las insuficiencias de la Teoría Pura que concibe un Derecho desentendido de los mecanismos que activan el comportamiento de las personas (Psicología) o de aquellos que explican el funcionamiento de los mercados (Economía).

Aunque no alcance a ofrecer un enfoque interdisciplinario y la temática de este trabajo resulte distante de tan caro objetivo, esta investigación, que se mueve en el estrecho ámbito de lo jurídico, pretende sentar algunas bases para un posterior

¹ El alcance de la expresión *Estado de Derecho* merece una aclaración vista la discusión que precedió a la aprobación de la Constitución de 2008, cuyo Art. 1 ha preferido sustituirla por la de “*Estado Constitucional de Derechos y Justicia*”. Este malabarismo semántico, ciertamente no se inspira en la inventiva del constituyente ecuatoriano, sino en las reflexiones de una serie de autores que han impugnado una acepción restringida e históricamente superada del *Estado de Derecho* como es el caso de Gustavo Zagrebelsky, Luigi Ferrajoli o Paolo Comanducci. Hago opción por la expresión *Estado de Derecho* porque su contenido, desprovisto de semántica demagógica, sintetiza lo que históricamente las sociedades han venido conquistando a través de los tiempos y que en su acepción más amplia comprende lo siguiente: vigencia de un orden constitucional y respeto a los derechos humanos, subordinación de la ley a lo que dispone la Constitución, sujeción de la autoridad pública al orden jurídico y a un control jurisdiccional independiente. La fuerza prevalente de la norma constitucional, la trascendencia del respeto a los derechos humanos y a todos sus mecanismos garantistas no han sido novedades traídas por la Constitución de 2008, ni atributos exclusivos del “Estado Constitucional de Derechos y Justicia” como afirman sus más entusiastas apologistas. El Estado Social de Derecho definido en la Constitución de 1979, codificada en 1998, comprendía todos estos aspectos según puede advertirse del texto de los Arts. 3 numeral 2, 18, 19, 272 y 273 y de un sinnúmero de fallos que en su momento expidieron distintas Salas de la extinta Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Constitucional.

análisis económico de las instituciones del Derecho Administrativo y del Proceso Contencioso Administrativo que, sin apartarse de los principios jurídicos, supere de una vez la delgada perspectiva jurídico formal del Derecho Administrativo y plantee las consecuencias económicas que derivan de las reglas e instituciones propias de esta asignatura, devolviéndole a este importante capítulo de la ciencia jurídica el papel que debería corresponderle para precautelar la seguridad jurídica y la legalidad perdidas. Más adelante se deberá continuar con una investigación jurídica orientada a construir una libertad económica que empate con la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, haciendo de este derecho uno solo. Por el momento, me resignaré a enfocar algunos elementos básicos de las instituciones del Derecho Procesal Administrativo sin los cuales aquellos propósitos no podrían ni siquiera arrancar.

Esta investigación es el fruto de varias reflexiones sobre algunas debilidades que, en nuestro Estado de Derecho, derivan del anquilosamiento del contencioso administrativo, y plantea su renovación para convertirlo en un orden que sintonice con la más avanzada doctrina de los derechos humanos, para que guarde mayor conformidad con los principios constitucionales y afronte con el vigor de una jurisdicción independiente, la solución de conflictos que plantea un aparato público desordenado y desbordado, en un contexto en el que la inversión privada, nacional y extranjera registra sus más altos índices de desconfianza en el país.

Las soluciones propuestas en este análisis no solamente exigen reformas al texto del Código Orgánico General de Procesos, a la Constitución de la República u otras leyes, pues, como se verá en estas reflexiones, también a la jurisprudencia corresponderá desempeñar un rol trascendental para construir un orden jurídico signado por la justicia, que guarde sujeción a los tratados internacionales de protección de derechos humanos y los principios constitucionales, sin que sea necesario reformar leyes para actuar de conformidad con estas normas que son jerárquicamente superiores.

El análisis que he desarrollado sobre este tema y las soluciones propuestas están segmentados en seis capítulos que se integran unitariamente en el clamor por una justicia independiente, por el reconocimiento de que los jueces distritales puedan ejercer su papel jurisdiccional con las atribuciones consustanciales a su función, como son las de dictar medidas cautelares que aseguren el cumplimiento de las sentencias y la tutela judicial proclamada constitucionalmente.

En materias vinculadas con la adopción de un régimen de medidas cautelares -que es el núcleo de estas reflexiones-, la presente investigación concluye que no es nece-

saría una reforma del Código Orgánico General de Procesos para que los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario vayan más allá de su texto y apliquen el principio constitucional de la tutela judicial efectiva, como garantía del debido proceso. El camino tutelar por el que ha transitado la jurisprudencia de Tribunales de diferentes países de Europa y América Latina aconseja tener presente que las exigencias de la justicia en la relación jurídico administrativa no requieren de una reforma legal más que de la energía de los jueces para aplicar con honradez principios ya consagrados constitucionalmente.

Sin desconocer la fuerza de la tesis anterior, no encontré contradictorio recomendar, a lo largo de este trabajo, determinadas reformas legales para actualizar la institución contencioso administrativa y resolver algunos de los problemas más inquietantes que afectan a esta jurisdicción, subrayando que el fenómeno jurídico no se agota en los contenidos de la norma positiva formalmente vigente, sino que comprende los principios que inspiran a esa norma y el arraigo que estos lleguen a tener en la formación de los operadores del sistema encargados de aplicarla. En este sentido, la independencia de los jueces y un control de legalidad a través de un recurso judicial efectivo deben ser vistos como la columna vertebral de la democracia y del Estado de Derecho.

Espero que las reflexiones contenidas en el libro que el lector tiene en sus manos estimulen un compromiso que contribuya a detener el deterioro de la juridicidad y ayuden a comprender que la legalidad, inspirada en principios de libertad, es la primera condición para fijar las bases de un orden más civilizado para la vida de los ecuatorianos y que permitirá que el Derecho resplandezca no solamente cuando ha sido violado.

Agradezco al Dr. Álvaro Bayas Cevallos por la paciencia con que revisó el borrador de estas reflexiones y mejoró su contenido a través de sus acertadas observaciones jurídicas, todas ellas acogidas en el texto final. Los errores que pudiere traer este libro son, sin embargo, de mi entera responsabilidad.

1. ANTECEDENTES Y DETERIORO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

Este acápite describe cómo fue gestándose el contencioso administrativo en Francia, país donde tuvo origen, y cómo esa tradición fue sembrando unas semillas que germinarían en España y, décadas después, en la República del Ecuador.

Luego analizaré los antecedentes legislativos más importantes del contencioso administrativo en nuestro país y las normas que fijaron su estructura institucional, para explicar el retroceso en que ha caído esta jurisdicción por la inestabilidad de sus órganos, la falta de cuidado en la selección de los jueces y la irrupción de una idiosincrasia menos favorable a los derechos y libertades individuales de las personas, verdadera razón de ser del Derecho Administrativo.

1.1. Génesis del contencioso administrativo

Son frecuentes las referencias según las cuales el contencioso administrativo habría tenido origen en la Revolución Francesa y los cambios que acompañaron a ese proceso histórico, como si se tratase de una institución acabada, con las características que hoy presenta. Tales referencias omiten considerar que esta jurisdicción especializada fue el resultado de un dilatado proceso que se inició antes de 1789, cuando el Antiguo Régimen presidido por Luis XVI aplicaba una tajante separación entre autoridades administrativas y parlamentos judiciales, y establecía que determinados conflictos administrativos podían tener carácter justiciable y debían ser resueltos por un órgano diverso de la “administración activa”, denominado Consejo del Rey².

² Respecto de este tema es muy recomendable la lectura del ensayo de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución*

Luego de la agitación revolucionaria de 1789, el Art. 52 de la Constitución francesa del año VIII (1800) creó el Consejo de Estado como un órgano dentro de la administración pública, con funciones de asesoría y consulta para los asuntos que interesaban al desenvolvimiento de las autoridades ejecutivas, pero este no era sino el nuevo nombre del antiguo Consejo del Rey.

La “justicia retenida” y un Consejo de Estado con atribuciones meramente consultivas se explican por la desconfianza que despertaron los parlamentos judiciales del Antiguo Régimen —que todavía permanecían bajo control de los representantes de la nobleza— y fundados recelos de que el “proceso revolucionario” viera menoscabados sus objetivos políticos.

A partir de 1806, un comité de ese Consejo se especializará en la solución de conflictos administrativos, pero con carácter puramente preparatorio, bajo un sistema que la doctrina ha identificado como de “justicia retenida”, es decir, aquel en que la administración “retiene” la potestad de juzgarse en razón de que no le estaba autorizado al Consejo de Estado someter a enjuiciamiento a la administración. Para la época, el Consejo mantenía funciones estrictamente deliberativas y consultivas ajenas a la potestad decisoria y jurisdiccional³ que conquistaría décadas más tarde. Ese interés, que suele gestarse en todo proyecto que tiende a ser antidemocrático y totalitario, de erigir un ejercicio administrativo inmune al control jurisdiccional, se disfrazaba con la pretendida máxima de que “juzgar era una foma de administrar” y que un sistema en el que los jueces fiscalizan a los administradores, supuestamente, rompería el principio de separación de poderes. El resultado de semejante planteamiento fue no solamente que se mantuvo a raya a los jueces para impedir su “interferencia” en el poder administrativo revolucionario, sino una larga secuela de violencia sangrienta, de excesos y abusos inenarrables para la vida, propiedad e integridad de los ciudadanos franceses, para su estabilidad política y la paz que ellos se proponían construir.

Posteriormente y luego de que habían regido varias Constituciones, mediante Ley de 24 de mayo de 1872, expedida después de la caída del Segundo Imperio, el Consejo de Estado asumirá la jurisdicción contencioso administrativa con plenos poderes y provocará en Francia el *big bang* que gestaría el Derecho Administrativo, esto es, el

Francesa y administración contemporánea (4ª. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1994, pp. 42 y siguientes); así como el análisis del autor argentino Juan Carlos CASSAGNE, “La justicia contencioso- administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI”. *Procedimiento y proceso administrativo* (Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina, 2005, p. 267.

3 Jorge VÉLEZ GARCÍA. *Los dos sistemas del derecho administrativo, Ensayo de derecho público comparado*, Serie Major – 2, 2ª ed. Bogotá: Ed. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996, pp. 13 y 14.

gran salto del sistema de “justicia retenida” a uno de “justicia delegada” en que un Tribunal independiente juzgaba los actos de la administración⁴.

España no permaneció al margen de estos procesos. No solamente el Estatuto de Bayona de 1808 expedido bajo la ocupación de Napoleón, sino mediante la Constitución de Cádiz de 1812 —en la que tuvieron destacada participación el abogado quiteño José María Lequerica y los juristas guayaquileños José Joaquín de Olmedo y Vicente Rocafuerte—, se estableció un Consejo de Estado⁵ de similares características al que para esas fechas venía funcionando en Francia. Posteriormente, la Ley Santamaría de Paredes de 1888 estableció un control contencioso administrativo separado de la Administración y de los jueces, e instituyó una jurisdicción revisora de actos administrativos, a la que tempranamente se excluyó de la competencia para juzgar la discrecionalidad y los actos políticos⁶.

1.2. El contencioso ecuatoriano en el siglo XIX

Esta concepción de una jurisdicción contenciosa con disminuidas atribuciones de control jurídico es la que se planteaba en las nacientes repúblicas que se independizaban de España. En el Ecuador, las Cartas Políticas que se expidieron durante el siglo XIX⁷, bajo el influjo del sistema francés y principalmente del Constitucionalismo español, crearon un Consejo de Estado con funciones consultivas y deliberativas, y atribuciones para conocer de determinados asuntos que interesaban al Poder Ejecutivo, es decir, a la Administración. Sin embargo, fue durante la consolidación de la Revolución Liberal, que mediante la reforma introducida en 1905 a la Carta Política de 1897, se atribuyó por primera vez al Consejo de Estado la facultad de decidir los

⁴ *Ibid.* p. 14.

⁵ Antonio TORRES DEL MORAL. *Constitucionalismo histórico español*, 5 ed. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2004. Sobre los contenidos de la Constitución de Bayona de 1808 y de la Constitución de Cádiz de 1812 pueden revisarse las páginas 31 y 48. También resulta esclarecedora sobre la influencia de la Constitución de Cádiz en Iberoamérica, la obra colectiva denominada *De Cádiz al siglo XXI* (Adriana LUNA, Pablo MIJANGOS y Rafael ROJAS, coordinadores. México: Ed. Taurus, 2012) que trae varios artículos relativos al tema. En esta obra, *vid.* José M. PORTILLO VALDEZ. “Cádiz entre Dos Constituciones”, pp. 25 a 42.

⁶ Fernando GARCÍA PULLÉS, “Sistemas de control jurisdiccional contencioso de la administración pública en la Europa Continental”. En Juan Carlos CASSAGNE. *Procedimiento y proceso administrativo*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina, 2005, p. 733.

⁷ Todas las Constituciones sin excepción contemplaron en la estructura del Estado ecuatoriano al denominado Consejo de Estado, unas veces bajo ese nombre y otras empleando la denominación de Consejo de Gobierno. Emplearon el nombre de Consejo de Estado las constituciones de 1830 (Arts. 42, 43 y 44), de 1850 (Arts. 75 a 83), de 1869 (Arts. 69 a 72), de 1878 (Arts. 90 a 92), la de 1883 (Arts. 104 a 106), 1897 (Arts. 108 a 110), la de 1906 (Arts. 97 a 99). Solamente cinco Constituciones, la de 1835 (Arts. 73 y 74), 1843 (Art. 68), 1845 (Arts. 86 a 89), 1852 (Arts. 85 a 88) y de 1861 (Arts. 80 a 84) lo denominaron Consejo de Gobierno.

asuntos contencioso administrativos⁸. La Constitución de 1906 recogió esa reforma en el Art. 98 No. 9.

La Carta Política de 1945, de efímera duración, sustituyó al Consejo de Estado por el Tribunal de Garantías Constitucionales⁹ con competencia para resolver las controversias surgidas entre administración y administrados (Art. 160 No. 8). La Constitución de 1946 restablecerá al Consejo de Estado sin sustraerle de la potestad de juzgar los conflictos administrativos (Art. 146 No. 8).

Del Consejo de Estado que instituyó nuestra tradición constitucional emergió un sistema de justicia administrativa a partir del cual, y a medida que la administración pública se volvía más compleja y especializada, fueron tomando cuerpo separadamente el Tribunal Fiscal, creado en 1959 (R. O. 847, 19-VI-1959), y el Tribunal Contencioso Administrativo, instituido en la Constitución de 1967.

Las competencias y funciones del Tribunal Contencioso Administrativo fueron reguladas por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA), expedida al año siguiente de promulgada la Constitución y que ha sido derogada por el Código Orgánico General de Procesos de mayo de 2015 (R. O. 506-S, 22-V-2015).

1.3. Creación del Tribunal Fiscal de la República, junio de 1959

Se debe tener presente que el contencioso tributario también fue materia comprendida bajo la jurisdicción del Consejo de Estado. Sería excluida de su competencia solamente a partir del año 1959, con la creación del Tribunal Fiscal¹⁰.

En la comunicación dirigida por el ministro del Tesoro Luis Gómez Izquierdo al presidente Camilo Ponce Enríquez y que constituye una verdadera exposición de motivos, propia de una época en la que el trabajo legislativo en el Ecuador era serio y producía buenas leyes, se lee lo siguiente:

8 La reforma constitucional aparece publicada en el Registro Oficial No. 38 de 21 de octubre de 1905, bajo el gobierno del Dr. Lizardo García. Agradezco la observación del Dr. Juan Pablo Aguilar Andrade, que aportó con una referencia correcta a este respecto y facilitó al autor el Registro Oficial en que se publicó la señalada reforma.

9 La sustanciación de esta clase de acciones fueron regladas, a través de las “Disposiciones para el trámite de los asuntos contencioso administrativos” dictadas por ese mismo Tribunal en octubre de 1945 (R. O. 399, 3-X 1945).

10 Decreto Ley de Emergencia publicado en el Registro Oficial 847 de 19 de junio de 1959.

En el Ecuador, el Consejo de Estado conoce de lo contencioso tributario, como una parte de lo contencioso administrativo; pero nada se ha dispuesto para que dicho Organismo opere como un Tribunal adecuado, como sucede en Francia, por ejemplo, y tampoco se regula en forma alguna el procedimiento, de manera que, por tales motivos, los pocos casos en que los contribuyentes han acudido al Consejo, no ha podido obtener una resolución rápida, demorando a menudo la tramitación durante algunos años¹¹.

No deja de llamar la atención que cincuenta y cuatro años después de que se han creado tribunales distritales en distintos cantones, de que existe un Código Tributario debidamente estructurado y se cuenta con recursos tecnológicos que aceleran y multiplican la capacidad de trabajo de los jueces desde hace más de quince años, la conflictividad entre contribuyentes y administración tributaria siga siendo alta, que los procesos sigan demorando varios años, con el agravante de que la demora en la tramitación no detiene la acumulación de intereses por el paso del tiempo, en perjuicio del contribuyente que reclama. La expedición de varias leyes que fijan condonaciones de intereses es una prueba de la disfuncionalidad en la que ha caído el contencioso tributario en los últimos años.

La situación de la administración de justicia en 2015 sobrevive con idénticos problemas a los del año 1959, con el agravante de que las condiciones que la economía internacional impone a los agentes económicos que operan en el Ecuador son más exigentes que hace cincuenta años, y la incertidumbre para empresarios y contribuyentes en general afecta el desenvolvimiento productivo del país y su competitividad.

Los procedimientos tributarios regulados por la Ley de Creación del Tribunal Fiscal, el Código Fiscal de 1961, fueron sentando las bases de una serie de conceptos e instituciones de Derecho Administrativo, de manera que esta asignatura se desarrolló en Ecuador significativamente a partir de los procedimientos administrativo tributarios.

1.4. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, marzo de 1968

La Constitución de 1967 eliminó al Consejo de Estado que, desde la reforma constitucional de 1905, tenía competencia para resolver los conflictos contencioso administrativos en el Ecuador. A partir de 1967 se creó el Tribunal Contencioso Admi-

¹¹ *Ibid.*

nistrativo como un órgano de la Función Judicial con sede en Quito y jurisdicción en toda la República¹² y sus actuaciones han venido reguladas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) expedida en marzo de 1968 que, con algunas modificaciones¹³, rigió hasta el 22 de mayo de 2015 en que fue derogado por el Código Orgánico General de Procesos (COGEP). El nuevo Código Orgánico viene rigiendo para esta clase de juicios desde el 22 de mayo de 2016.

Muchas debilidades del Estado de Derecho ecuatoriano derivan de la LJCA (R. O. 338, 18-03-1968) y, en mi opinión, las nuevas disposiciones del Código Orgánico General de Procesos no lograrán corregirlas, sino solo parcialmente; y en otros aspectos las agravarán.

Cuando la LJCA se expidió, en marzo de 1968, la estructura institucional del Ecuador agrario y los conflictos que generaba eran distintos al entorno económico y político que se consolidó en los años setenta, con el advenimiento de la riqueza petrolera y la expedición de una nueva Constitución en 1979.

La realidad del Estado ecuatoriano de los setenta dejó atrás varias instituciones contencioso administrativas que han mantenido su vigencia sin modificaciones hasta la fecha presente, generando un sinnúmero de injusticias en la relación jurídico administrativa y distorsionando severamente el control sobre las actuaciones del poder público. Buena parte de los abusos y prácticas de corrupción que escandalizan a los ciudadanos se originan en estas debilidades y anacronismos del control de legalidad.

¿Cómo se fueron gestando los anacronismos del contencioso administrativo, el deterioro institucional y la banalización de nuestro Derecho Público? Varias causas podrían explicar este fenómeno, una de ellas está relacionada con el deterioro en

12 La Constitución Política de 1967, en su Art. 215 traía el siguiente texto: “Al Tribunal de lo Contencioso Administrativo corresponde conocer las impugnaciones que las personas naturales o jurídicas hicieren 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”.

13 Ley 035-Comisión Legislativa Permanente. Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968. Esta ley, desactualizada en varios aspectos, se mantuvo en vigencia hasta mayo de 2015. Las cinco reformas expresas hechas a su texto no fueron suficientes para modernizar el trámite del juicio contencioso e instituir un principio de oralidad. Estas reformas han sido las siguientes: la del Decreto Supremo 1077, (Registro Oficial 392, 17 de septiembre de 1973), Decreto Supremo 1065 (Registro Oficial 668, 28 de octubre de 1974), Decreto Supremo 611 (Registro Oficial 857, 31 de julio de 1975), Decreto Ley de Emergencia 2 (Registro Oficial Suplemento 930, 7 de mayo de 1992), Ley 56 (Registro Oficial 483, 28 de diciembre de 2001). El Código Orgánico General de Procesos (R. O. 506-S, 22 de mayo de 2015) derogó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y dio un paso positivo hacia la oralidad y la simplificación del trámite.

la calidad de la enseñanza del Derecho y una adhesión acrítica a la tesis de que el Estado es la encarnación de la moral y del interés público, y que los funcionarios administrativos son los únicos custodios del bien común. Bajo la prevalencia de esos valores, el ingreso petrolero, que incrementó progresivamente la participación del Estado en la economía nacional, trajo consecuencias desfavorables para la institucionalidad jurídica.

La inversión pública creció ostensiblemente y sin control; se contrataban empleados del Estado sin otra función que la de obstaculizar el libre desenvolvimiento de los ciudadanos; se crearon empresas públicas para manejar áreas muy sensibles de la economía nacional; y junto a las repercusiones que este crecimiento del Estado provocaba en el orden económico vinieron también cambios, y muy desordenados, en el sistema jurídico, dado que el Estado ecuatoriano expidió una serie de leyes para crear entidades públicas en unos casos y fortalecer las ya creadas, en otros¹⁴; en todos los casos, para comprender mayores espacios de autoridad y, consecuentemente, menores espacios de libertad, con el fin de privilegiar el control sobre los sujetos de derecho privado. Hicieron su aparición entidades públicas con potestades normativas que, a través de órganos colegiados, han venido dictando normas de efectos generales que con frecuencia contradicen la Constitución y leyes de la República. Todos estos eventos, que imperceptiblemente menoscaban nuestro Estado de Derecho, han venido lesionando los derechos de propiedad, asfixiando la iniciativa individual y los procesos de innovación empresarial que son tan necesarios para la generación de riqueza.

Esta realidad también provocó un paulatino incremento de la conflictividad en las relaciones jurídico administrativas y determinó que la LJCA, que había sido expedida en un momento anterior a la evolución de nuestro derecho público —una economía que se basaba en la agricultura—, haya revelado tempranamente sus limitaciones desde los primeros años de la irrupción de las exportaciones petroleras.

14 Durante el sexenio comprendido entre el inicio de la era petrolera y el retorno a la democracia 1973-1979, se expidieron las siguientes leyes -algunas de las cuales crearon entidades públicas con amplias potestades de control y regulación-: Ley de Astilleros Navales Ecuatorianos (R. O. 218, 05-01-1973), Ley de Participaciones en las Rentas Fiscales (R. O. 272, 26-03-1973), Ley Básica de Electrificación (R. O. 387, 10-09-1973), Ley Constitutiva de la Dirección de Industrias del Ejército (R. O. 419, 26-10-1973), Ley de Radiodifusión y Televisión (R. O. 18-04-1975), Ley del Sistema Nacional de Proyectos (R. O. 868 15-08-1975), Ley de Régimen Administrativo Portuario Nacional (R. O. 67, 15-04-1976), Ley General de Puertos (R. O. 67, 15-05-1976), Ley de Régimen Administrativo de Terminales Petroleros (R. O. 288, 04-03-1977), Ley de Constitución de Gravámenes y Derechos por Electrificación (R. O. 472, 28-11-1977) y la Ley de Estatización de Flota Petrolera Ecuatoriana (R. O. 579, 04-05-1978), entre otras.

Las normas de la LJCA de 1968 venían condicionadas por la concepción de un contencioso estrictamente revisor de la legalidad formal de las actuaciones administrativas previas.

La presunción de legitimidad de los actos administrativos, el principio de ejecutividad que impone su inmediato cumplimiento y la exigencia del agotamiento previo de la vía administrativa se erigieron como basamentos y privilegios de la función administradora del Estado que, para la sede judicial, proyectaban un contencioso revisor de actos, sin consideración a la tutela efectiva de los derechos e intereses de las partes procesales porque condicionaba —y aún hoy condiciona— la procedibilidad del recurso a la existencia de un acto previamente dictado, sin atender al hecho de que las controversias entre Administración y administrados, y la tutela judicial efectiva, exige de los jueces distritales conocer y resolver controversias cuando estas se presenten, más allá de la existencia o no de actos previos.

Es de lamentar que, pese al tiempo transcurrido, la profunda revisión doctrinaria que se ha producido en esta materia y los progresos de la jurisprudencia comparada, estos conceptos surgidos a finales del siglo XIX no se hayan renovado en el Ecuador y se hayan enraizado acriticamente entre jueces y abogados, como si se tratara de verdades irrefutables.

Varias normas de la hoy derogada LJCA confirman el carácter limitadamente revisor de esta jurisdicción: las que conciben a la acción contenciosa como un recurso jurisdiccional en contra de actos, reglamentos o resoluciones de la Administración Pública que han causado estado (Arts. 1, 2 y 5); la que atribuye a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo la facultad limitada al conocimiento y resolución de la impugnación de actos y reglamentos de la Administración para decidir acerca de su legalidad o ilegalidad (Art. 10); la que establece un término de caducidad para la presentación del recurso contencioso, contado a partir de la notificación del acto administrativo impugnado (Art. 65); la ejecutividad del acto según el cual su cumplimiento no podrá suspenderse “en ningún caso” (Art. 76). El Código Orgánico de la Función Judicial en marzo de 2009 y el Código Orgánico de Procesos en mayo de 2015 mantienen varios elementos de esta anticuada versión revisora del contencioso, sin embargo de los auspicios supuestamente garantistas de la nueva Constitución de 2008 y de que el principio de tutela judicial efectiva resulta manifiestamente incompatible con aquella característica revisora de actos previos.

Basta con analizar los quince numerales del Art. 217 de este Código, que describen las atribuciones de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo o el Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos que conserva la distinción entre acciones subjetivas y objetivas, para advertir que su regulación sigue erigida sobre el superado concepto de un contencioso revisor de la legalidad de actos previos, resoluciones y reglamentos¹⁵ y desenfocado de la tutela judicial para resolución de controversias, más allá de la existencia o no de actos administrativos.

La práctica procesal que surge de esta normativa desactualizada y la idiosincrasia que ha venido alimentando en los operadores del sistema (jueces, abogados y administradores), inclinada a creer que la dispensa del bien común solo puede venir de la mano de un funcionario bien intencionado del Estado, mantiene a la jurisdicción contenciosa bajo la anticuada ortodoxia del juicio objetivo, mero revisor de la legalidad formal, que desenvuelve su actividad limitada al control de actos previos, al margen de la función esencialmente tutelar que le asignó la Constitución Política desde 1998 (Art. 24 No. 17) y que reproduce la Constitución de 2008 (Art. 75), normas constitucionales que desde hace más de quince años impelen a los jueces distritales a resolver controversias, —independientemente de si hay o no actos, resoluciones o reglamentos de por medio—, y que ha inspirado a los sistemas de justicia administrativa contemporáneos, más dispuestos a aplicar e interpretar la tutela efectiva que reconocen sus respectivas Constituciones.

Una de las objeciones al principio constitucional de la tutela judicial efectiva que es garantía para que un proceso sea *debido*, lo planteaban los Arts. 58-J y 77 de la hoy derogada LJCA. Según estas normas, las disposiciones del Código de Procedimiento Civil eran de supletoria aplicación en los procesos contencioso administrativos. Dichos artículos resultaban técnicamente inconvenientes y potencialmente conflictivos si consideramos que el proceso civil ha sido concebido sobre la base de la igualdad de las partes procesales, mientras que en la relación administrativa, por defecto de un anticuado sistema de Derecho Público la Administración y los administrados son tenidos por sujetos jurídicos desiguales vistos los privilegios que las leyes van reservando a las Administraciones Públicas, en detrimento de la libertad de las personas.

15 Al respecto, es de subrayar que el Código Tributario que rige desde diciembre de 1975 (R. O. 958-S, 23 de diciembre de 1975) fue más técnico y avanzado en este punto. Los juristas que integraron la Comisión Interinstitucional encargada de su preparación, Francisco Tinajero Villamar, Rodrigo Garcés Moreano, Juan Boada Pérez, Carlos Egas Egas, Luis Hidalgo López, Vicente García Mancheno, Jorge Sánchez C. y Alfonso Salazar Araque, dieron testimonio de su profunda versación jurídica al haber previsto con acierto que el contencioso tributario tiene atribuciones para resolver controversias surgidas entre los contribuyentes y la Administración Tributaria según establece el Art. 217 (de la Codificación actual), norma esta última que fija una jurisdicción tutelar con amplias atribuciones para dictaminar justicia, independientemente de que exista o no una actuación administrativa formal.

Igual observación merece el texto del Art. 327 del COGEP al señalar que el proceso contencioso se rige sin más por las normas del procedimiento ordinario.

El contencioso administrativo, esto es, la sede jurisdiccional en donde se ventilan los conflictos entre entes de derecho público y sujetos de derecho privado, está llamada a ser un recurso judicial efectivo y para ello deberá diluir esa desigualdad propia de la sede administrativa antes que confirmarla, para resolver con justicia controversias surgidas de relaciones de subordinación propias del derecho público. Sus instituciones no pueden sustentarse sin más en normas propias del proceso civil, pensadas para dirimir los conflictos jurídicos que surgen de relaciones jurídicas de coordinación, entre sujetos de derecho iguales.

Si a los aspectos mencionados se añaden las insuficiencias de un proceso escrito y lento, el control disciplinario sesgado, procesos de designación de jueces cercanos al poder pero distanciados de un conocimiento especializado del Derecho Administrativo, mecanismos de evaluación de jueces divorciados del sentido común y de la realidad, un Consejo de la Judicatura que promueve la informalidad a través de resoluciones cambiantes y procesos disciplinarios persecutorios, se completa un panorama sombrío de injusticia que afecta la credibilidad en las instituciones del Estado y que se suma al sinnúmero de disfuncionalidades del Derecho Público del Ecuador, porque impiden un equilibrio en la relación del poder con los ciudadanos y distorsionan el control de legalidad, hasta el punto de eliminarlo cuando no reducirlo a su más mínima expresión.

En el orden histórico, otro aspecto que no puede dejar de mencionarse es la estructura inapropiada de un Tribunal Contencioso Administrativo, que funcionó centralizadamente desde su creación, en 1968, hasta las reformas constitucionales de 1992¹⁶. Antes de dichas reformas, y durante más de veinte y cuatro años, los conflictos de derecho administrativo surgidos en cualquier punto del territorio ecuatoriano solamente podían ser resueltos en Quito donde tenían sede las dos salas del mencionado Tribunal.

16 La reforma constitucional de 1992 (R. O. 93-S, 23-12-1992) trajo la reforma judicial más importante del Ecuador en las últimas décadas. Entre otras profundas modificaciones introducidas al sistema de justicia, consta la eliminación del Tribunal Contencioso Administrativo y el Tribunal Fiscal, la creación de Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Tribunales Distritales Fiscales con sede en Quito el primero, en Guayaquil el segundo, en Cuenca el tercero y en Portoviejo el cuarto. Posteriormente, se creó el Tribunal Distrital Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario con sede en la ciudad de Loja y jurisdicción en las provincias de Loja y Zamora Chinchipe (R. O. 367 de 29 de septiembre de 2006), y con sede en la ciudad de Ambato y competencia territorial en las provincias de Tungurahua, Chimborazo, Bolívar, Pastaza y Cotopaxi (Resolución 85, R. O. 500-S, 14 de mayo de 2015).

Por ello, la transformación más radical que se ha producido en la jurisdicción contencioso administrativa desde 1968 hasta la fecha presente fue la que llevó adelante el Congreso Nacional en diciembre de 1992. Estas reformas a la Constitución de 1979 provocaron un importante mejoramiento para la justicia administrativa porque por primera vez se descentralizó la competencia territorial en esta materia, a través de tribunales distritales y se dio un paso certero para alcanzar la unificación de la jurisprudencia mediante el recurso de casación a la Salas especializadas de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, hoy Corte Nacional de Justicia.

1.5. El Código Tributario, diciembre de 1975¹⁷

Expedido en diciembre de 1975 y codificado treinta años después, en junio de 2005, este Código aún se mantiene como uno de los productos legislativos mejor logrados del ordenamiento ecuatoriano, gracias al esfuerzo de un grupo de profesionales que, en 1974, integraron la Comisión Interinstitucional creada para su elaboración¹⁸.

Esta es la norma de rango legal que, por primera vez en nuestra vida republicana, hizo una sistematización coherente y bien lograda sobre institutos básicos del Derecho Administrativo y particularmente del procedimiento administrativo. Allí se definió con propiedad un procedimiento de reclamación y de recursos en sede administrativa, la importancia de que las actuaciones de la administración tributaria sean regladas, la previsión del principio de legalidad y de reserva de ley en la relación tributaria, el significado del acto administrativo, de los actos ejecutoriados, la motivación como deber sustancial de la autoridad tributaria, la notificación de los actos y su eficacia a partir de aquella, la suspensión de los efectos de los actos administrativos si se interpusiere un reclamo o recurso.

Las normas de este Código asumieron correctamente el papel del Derecho Administrativo como el instrumento establecido por el sistema legal para precautelar el derecho de los administrados antes que para reforzar el poder de la administración

¹⁷ El Código Tributario fue publicado en el Registro Oficial 958-S, de 23 de diciembre de 1975. La Codificación fue publicada en el Registro Oficial 38-S de 14 de junio de 2005.

¹⁸ La Comisión que elaboró el Código Tributario estuvo integrada por los doctores Juan Boada Perez, Luis Hidalgo López, Rodrigo Garcés Moreano, Vicente García Mancheno, Carlos Egas Egas, Francisco Tinajero Villamar, Alfonso Salazar Araque y Jorge Sánchez C., todos ellos juristas de notable trayectoria académica y profesional que durante más de cinco meses participaron activamente en la redacción del proyecto. Junto al esfuerzo de estos connotados profesionales, subrayo el aporte del Dr. Rodrigo Garcés Moreano al que correspondió la preparación del anteproyecto de Código Tributario. Así revela la carta de presentación del Código fechada el 10 de abril de 1974, que se refiere a ese trabajo como “un plausible esfuerzo de investigación y de ordenamiento de principios e instituciones tributarios”.

tributaria. Este cuerpo normativo acertó en fijar un límite a la ejecutividad de los actos administrativos en una materia delicada como la recaudación de tributos: estableció la suspensión automática de los efectos de los actos administrativos impugnados, en sintonía con la tutela judicial efectiva, anticipándose en más de dos décadas a la Constitución que consagraría por primera vez este derecho, previsión armónica con la doctrina de los derechos humanos y que no ha impedido al Estado recaudar los impuestos que necesita para su sostenimiento.

Aunque este Código dictado en 1975 haya establecido desde sus inicios principios muy avanzados para la protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes, fueron los gobiernos democráticos a partir de 1997 los que han venido recortando sus avanzadas instituciones, ampliando las potestades de la Administración Tributaria, mientras achicaban el derecho de defensa de los administrados.

Como se analiza en este libro¹⁹, la Ley para la Equidad Tributaria de diciembre de 2007 y el Código Orgánico General de Procesos de mayo de 2015 plantean retrocesos inexplicables con relación al Código de 1975 y un hecho paradójico, el que un Código dictado hace cuarenta años, bajo un régimen de facto, haya sido más favorable al ejercicio del derecho constitucional de defensa de las personas y a la tutela judicial efectiva, que las leyes expedidas bajo una Constitución pretendidamente “garantista” que señala en la primera de sus normas, que instituye un “Estado Constitucional de Derechos y de Justicia”.

1.6. La reforma constitucional de diciembre de 1992

El propósito de descentralizar la administración de justicia en las materias contencioso administrativa y contencioso tributaria, llevó al Congreso Nacional a aprobar la reforma constitucional de diciembre de 1992 (Ley 20, R. O. 93-S, 23-12-1992), que introdujo el recurso de casación y creó las Salas Especializadas de lo Fiscal y de lo Administrativo en la Corte Suprema de Justicia. En mi opinión, la reforma constitucional se hizo bajo un acertado criterio técnico, porque ponderó apropiadamente el cambio que necesitaba la administración de justicia frente a la exigencia de su estabilidad institucional.

Esta reforma constitucional transformó sustancialmente la Función Judicial del Estado para cumplir dos propósitos: descentralizar la administración de justicia y uni-

¹⁹ *Vid.* Capítulo 3.5.1.2.2. que analiza la Ley para la Equidad Tributaria y el Código Orgánico General de Procesos.

ficar la jurisprudencia en un sistema descentralizado, mediante el recurso extraordinario de casación. Estos fueron quizá los cambios más importantes y ambiciosos realizados en la Función Judicial en nuestra vida republicada y se hicieron con una alteración mínima de la estructura de sus órganos. Por este motivo y en lo que correspondía a las materias administrativa y administrativo-tributaria, estableció tribunales distritales —con similar conformación al Tribunal Contencioso Administrativo y al Tribunal Fiscal que fueron suprimidos—, manteniéndolos como órganos independientes, como había sido la característica de estos tribunales especializados, desde su creación.

Las reformas constitucionales de 1997 y 1998 acertaron en respetar los cambios introducidos en 1992 y mantuvieron la estructura de un contencioso sometido a la jurisdicción de tribunales distritales. Esta abstención de los legisladores constitucionales no tenía otro propósito que el de dar continuidad a los órganos encargados de controlar la legalidad del poder público y contribuyó a que, con el paso del tiempo, emerja una jurisprudencia que paulatinamente se fue abriendo paso en materias tan importantes como la defensa del silencio administrativo de efectos positivos y el reconocimiento de límites a la discrecionalidad administrativa, entre otros.

El beneficio intangible que derivó de esa continuidad institucional de los tribunales distritales, fue el cuerpo de doctrina jurídica que embrionariamente fue fijando, con el paso de los años, la jurisprudencia de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, siguiendo esa tradición pretoriana propia de la evolución del Derecho Administrativo, como ha ocurrido en Francia, España, Argentina o Colombia, en la que las leyes siempre insuficientes, vienen siendo precedidas, superadas o complementadas por las decisiones de sus más altos tribunales contencioso administrativos.

1.7. La Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, diciembre de 1993.

Después de las reformas constitucionales de 1992, la Ley de Modernización del Estado expedida en diciembre de 1993 (R. O. 349 de 31 diciembre de 1993) es quizá una de las innovaciones legislativas que mejor contribuyó a la consolidación del contencioso administrativo en términos del control de legalidad y que más precauteló el derecho de los administrados frente a los actos de autoridad que se apartaban de la legalidad, anticipándose en cinco años a la tutela judicial efectiva que por primera vez consagraría la Constitución Política de 1998.

Los aspectos positivos que para esta jurisdicción especializada introdujo el Art. 38 de la Ley de Modernización podrían sintetizarse en los siguientes: (i) amplió el espectro de materias susceptibles de la acción contencioso administrativa, superando el atávico carácter revisor de actos, introduciendo a los contratos administrativos y a los hechos administrativos como actuaciones sujetas a juzgamiento; (ii) eliminó el requisito del agotamiento de la vía administrativa para proponer la acción contenciosa, estableciendo que cualquier reclamo que se encontrara en trámite quedaría sin efecto a partir de la presentación de la demanda, con lo cual el acto administrativo dejó de ser, desde 1993, un requisito de procedibilidad de estas acciones.

La Ley de Modernización del Estado, expedida hace más de veinte años, dio un salto cualitativo hacia la tutela judicial efectiva y un paso certero para abandonar el anacrónico sistema revisor de actos previos como se analiza más adelante²⁰.

1.8. El Código Orgánico de la Función Judicial, marzo de 2009

Esa acariciada continuidad que exige todo órgano de administración de justicia ha venido enfrentando una serie de menoscabos y retrocesos, originados en reformas legales y administrativas, que en mi opinión han menoscabado el funcionamiento de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, han menguado la calidad de sus decisiones y han minado la confianza que debe tener esta jurisdicción, restándole la idoneidad que necesita para fiscalizar con independencia las infracciones a la legalidad y los abusos en los que incurren con frecuencia determinados órganos administrativos del Estado.

El primer golpe contra esa continuidad lo dará el denominado Código Orgánico de la Función Judicial (R. O. 544-S, 09-03-2009) que decidió eliminar los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, sin una razón que hubiere justificado esa medida. En sustitución, creó salas especializadas al interior de las Cortes Provinciales de Justicia en materia contencioso administrativa y contencioso tributaria.

En mi opinión, no había un argumento jurídico o técnico para sustentar la eliminación de los tribunales distritales y entregar el conocimiento de estas materias a salas especializadas de las Cortes Provinciales de Justicia. Al contrario, tres razones

²⁰ *Vid.* Capítulo 5.1. en que se analiza la superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa para sustituirla por una jurisdicción tutelar, y cómo la legislación positiva fue adaptándose, al menos en la teoría, a los principios constitucionales.

de fondo desaconsejaban esta medida: (i) las materias contencioso administrativa y contencioso tributaria son distintas de la civil, mercantil o laboral, principalmente por la naturaleza pública de los sujetos procesales accionados; (ii) la instancia única que el sistema legal ha establecido para lo contencioso administrativo y tributario, con revisión de fallos vía casación, a diferencia de esas otras jurisdicciones, es una segunda razón. El ámbito contencioso tiene un procedimiento que le aparta de los juicios que están sujetos a doble instancia —laboral, civil, penal, familiar, etc.— y la reforma juntaba al interior de las cortes provinciales salas que conocían juicios subidos en apelación y otras de instancia única; y, (iii) la razón más importante, la necesidad de dar continuidad a un contencioso que por varias décadas, con avances y retrocesos, contribuyó a afianzar instituciones jurídicas básicas del Derecho Administrativo con la jerarquía de tribunales independientes para juzgar a la administración pública.

Adicionalmente, las salas de lo contencioso administrativo y tributario tienen jurisdicción distrital que comprende varias provincias, mientras que las cortes provinciales tienen una competencia territorial distinta, circunscrita a una provincia.

Ninguna de estas consideraciones preocuparon al legislador ecuatoriano cuando aprobó el Código Orgánico de la Función Judicial, sin reflexión ni discusión suficientes²¹. Parecería que la Comisión Legislativa y de Fiscalización que aprobó el Código, se dejó llevar por los impulsos de una novelería inconveniente en términos de la institucionalidad judicial, de cambiar por cambiar, sin abandonar esa atávica costumbre de la clase política del Ecuador, de inquietar o amedrentar órganos jurisdiccionales para allanar los procesos de designación de nuevos jueces.

El desorden que generó esta reforma legal pretendió ser corregido con una disposición transitoria²² que disponía que los tribunales distritales debían continuar funcionando con el régimen y competencias que tenían antes de la vigencia del Código

21 Para muchos abogados, en Ecuador no pasó desapercibido un hecho llamativo hasta el escándalo: que un cuerpo normativo tan complejo como el Código Orgánico de la Función Judicial, integrado de 345 artículos, 15 disposiciones transitorias, 12 disposiciones derogatorias de leyes, 16 normas derogatorias de reglamentos e instructivos y 64 reformas a distintos códigos y leyes vigentes, haya sido aprobada en un lapso de 18 días que estaban comprendidos entre el primero y el segundo debate. Adicionalmente, se hizo un pronunciamiento sobre la objeción parcial del Presidente de la República el día 3 de marzo de 2009.

22 Código Orgánico de la Función Judicial (R. O. 544-S, 09-03-2009).- Disposiciones Transitorias... “CUARTA.- TRIBUNALES DISTRITALES DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y FISCAL.- Los actuales tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y Fiscal funcionarán con el régimen y competencias establecidos antes de la vigencia de este Código hasta que el nuevo Consejo de la Judicatura integre las respectivas salas de las Cortes Provinciales previo concurso público y con las condiciones de estabilidad establecidas en este Código”.

Orgánico de la Función Judicial. Pero esa norma transitoria resultó insuficiente para aclarar las dudas que se presentaron en esta materia y generó un sinnúmero de confusiones. Para solucionarlas, el Pleno de la Corte Nacional de Justicia debió expedir una resolución de efectos generales²³ con el fin de aclarar el régimen de transitoriedad. En el fondo, para contradecirla dado que asignó a estos tribunales distritales las competencias previstas en el Código Orgánico aun antes que el Consejo de la Judicatura integre las salas de las cortes provinciales, tal como exigía la norma transitoria.

Pero el Código Orgánico de la Función Judicial no solamente introdujo una reforma inconveniente sino que incurrió, en este punto, en un disparate jurídico. Las Cortes Provinciales tienen una jurisdicción provincial tal como establece el Art. 206 del Código y dentro de su estructura pretendía integrar a las salas especializadas de lo administrativo y tributario que no iban a asumir jurisdicción provincial sino distrital, esto es, competencias territoriales que comprendía dos o más provincias. No resultaba coherente para la estructura de las Cortes con jurisdicción provincial albergar en su seno unas salas con jurisdicción provincial y otras con jurisdicción distrital, en más de una provincia. Nunca llegaron a integrarse en las Cortes Provinciales las salas de lo contencioso tributario ni de lo contencioso administrativo. Las normas del nuevo Código quedaron sin cumplirse mientras el régimen de transitoriedad pervivió por más de cuatro años, en un contexto de inestabilidad para los jueces y de confusión para los usuarios del servicio de justicia, como deja constancia la resolución de la Corte Nacional de Justicia expedida en septiembre de 2010. Los hechos mostraron la irresponsable improvisación en una materia tan delicada como es la estructuración de la Función Judicial del Estado.

Frente a este despropósito de la Comisión de Legislación y Fiscalización que, sin atribución alguna, creó la Asamblea Constituyente de Montecristi, que quebrantaba la estabilidad de tan importantes órganos de la Función Judicial como han sido los tribunales contencioso administrativos y tributarios, la Asamblea Nacional, huérfana de opciones, debió corregir el error y dictar una Ley Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial²⁴, para retornar a la reforma constitucional de 1992,

23 La Resolución de la Corte Suprema de Justicia (R. O. 276, 10-09- 2010) previó lo siguiente: “Art.1. Hasta que se conformen las salas especializadas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales, los actuales tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo tienen competencia para tramitar y resolver todos los asuntos previstos en el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial”. En sus considerandos, la Corte Nacional manifiesta que la interpretación aislada de la Disposición Transitoria Cuarta del Código Orgánico de la Función Judicial llevaría a la conclusión de “...que no existen órganos judiciales competentes para asumir las atribuciones privativas asignadas por *dicho* Código... a esas judicaturas, lo que implicaría denegación de justicia...”.

24 Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial 38-S del 17 de julio de 2013.

es decir, para restituir los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y contencioso tributario y eliminar la disposición inconsulta que había pretendido convertirlos en salas especializadas de las cortes provinciales.

La ley reformativa señala que existirán tribunales de lo contencioso administrativo y tribunales de lo contencioso tributario en los distritos que determine el Consejo de la Judicatura, el que establecerá el número de salas, la sede y espacio territorial en que ejerzan su competencia (Arts. 216 y 218).

Visto el camino recorrido por la jurisdicción contencioso administrativa, se advierte que la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial en marzo de 2009²⁵ introdujo un factor de inestabilidad en los engranajes del sistema, mediante la inconsulta eliminación de los Tribunales Distritales de lo Fiscal y de lo Contencioso Administrativo.

Una prueba más de la inconveniencia de dictar leyes sin suficiente reflexión y de cómo los tribunales distritales fueron sometidos a una irresponsable transitoriedad de cuatro años que finalmente quedó en nada.

Después de un examen de sus contenidos, se puede advertir que aquella reforma legal no estaba dirigida a corregir ninguno de los problemas estructurales que han afectado el funcionamiento del contencioso.

La supresión de órganos especializados ya integrados en la Función Judicial desde 1968, para convertirlos en salas especializadas de las cortes Provinciales de Justicia, reveló una ausencia de reflexión jurídica en el legislador y confirmó ese fatídico ímpetu de los actores políticos ecuatorianos, inclinados a la experimentación, a la novedad y al interés por la demostración de supuestos cambios que, en la práctica, no ocurren, utilizando a las instituciones jurídicas como instrumento de difusión publicitaria para disfrazar una nueva acometida en la administración de justicia y nombrar jueces afines al poder de turno, pero que a la sociedad y al Estado de Derecho ecuatorianos le significaron una dolorosa contrapartida de incertidumbre y todas las consecuencias propias de la inestabilidad institucional²⁶.

²⁵ El Código Orgánico de la Función Judicial (R. O. 544-S, 29 de marzo de 2009) señaló en los Arts. 217 y 219 que en las cortes provinciales funcionarán salas especializadas de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario, y fijó para cada una de ellas un conjunto de atribuciones que ya venían claramente establecidas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Código Tributario y en la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada.

²⁶ La calidad de las instituciones viene de la mano de su estabilidad. El economista Douglas North, premio Nobel de Economía en 1993, en sus obras *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge University

En síntesis, aunque la eliminación de los tribunales distritales, por ventura, no entró en vigencia, y la ley reformativa de julio de 2013 retornó al sistema anterior²⁷, la Función Judicial fue sometida a una dilatada transitoriedad de más de cuatro años y generó incertidumbre en jueces, funcionarios de carrera de esos tribunales, en los abogados que desarrollan su trabajo especializado en estas materias y, principalmente, en las partes procesales que demandan el servicio de justicia.

1.9. Inestabilidad del contencioso administrativo propiciada por las resoluciones 054-2013 y 061-2013 del Consejo de la Judicatura

El ir y venir del Código Orgánico de la Función Judicial y su régimen de transitoriedad de cuatro años, no fueron los únicos eventos que han afectado la organización del contencioso ecuatoriano. Como se analiza a continuación, dos resoluciones del Consejo de la Judicatura adoptadas en 2013 se suman a este proceso regresivo de la institucionalidad jurisdiccional.

La primera resolución identificada con número 054-2013 (R. O. 39-S, 18-07-2013), fue expedida el 11 de junio de 2013. Señala en sus considerandos que el Pleno del Consejo de la Judicatura aprobó un sistema de trabajo de los tribunales distritales “bajo la modalidad de *pool* de jueces [sic.] como un nuevo modelo de gestión para la mejor atención y conformación de tribunales a través del sorteo para cada causa ingresada para el conocimiento de la o las salas y tribunales”.

Esta resolución fue producto de una lamentable improvisación como dejó confirmada la inmediata expedición de una reforma a escasos 17 días de haber sido promulgada, esto es, el 28 de junio de 2013. Me refiero a la resolución 061-2013 (R. O. 57, 13-08-2013) que modificó el texto de tres artículos pero sin corregir los errores gramaticales de la anterior.

El Art. 1 reformado de la resolución 054-2013 creó la Unidad Judicial en materia

Press, 1990) y *Understanding the Process of Economic Change* (Princeton University Press, 2004), explica ampliamente el rol que juegan las instituciones en el desarrollo económico, frente a las teorías tradicionales que explican el crecimiento exclusivamente a partir del cambio tecnológico, el capital humano o los recursos naturales. En mi opinión, una apropiada formación de los profesionales del Derecho exigiría vincular con mayor profundidad las instituciones jurídicas con las instituciones económicas, con el fin de romper el aislamiento que ha significado la Teoría Pura del Derecho, tal como lo planteó Hans Kelsen y de juntar las reflexiones jurídicas con sus efectos económicos.

²⁷ El Código Orgánico de la Función Judicial fue reformado mediante Ley publicada en el Registro Oficial No. 38, Suplemento, de 17 de julio de 2013.

“Contencioso Administrativo”²⁸, asignándole los deberes y atribuciones del artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial y las contempladas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Esta resolución del Consejo es ilegal y violatoria de disposiciones expresas de la Constitución. Es ilegal porque no existe ninguna atribución que autorice a ese Consejo a crear en el ámbito contencioso administrativo “unidades jurisdiccionales”. El Código Orgánico de la Función Judicial ha establecido para esta materia tribunales distritales, que funcionarán por salas (Art. 216) y la simulación de asignar a esa “unidad judicial” competencias que la ley atribuye a tribunales distritales conformado por salas, no subsana el vicio que dejo señalado.

Otra ilegalidad es la contenida en el Artículo 3 de la Resolución No. 054-2013, que dispuso un resorteo de todas las causas que se conocían en el tribunal distrital de lo contencioso administrativo No. 1. Desde marzo de 2009, rige el Art. 163 No. 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, que estableció una regla de competencia en virtud de la cual, radicada la competencia de un juez, esta no se altera por causa superviniente.

El Art. 3 de la Resolución No. 054-2013 del Consejo de la Judicatura (i) comportó el ejercicio de una facultad que ninguna norma le ha reconocido a dicho Consejo, para alterar la competencia que los jueces han asumido sobre los procesos que están bajo su conocimiento; y, (ii) violó la regla de competencia establecida en el Art. 163 No. 2 del Código Orgánico de la Función Judicial. En nuestro sistema de derecho público, el principio de jerarquía normativa (Constitución Art. 425) impone que ninguna decisión de carácter administrativo puede transgredir el mandato de una norma de jerarquía superior como es la del Código Orgánico de la Función Judicial y, el principio de legalidad establece que ninguna autoridad pueda ejercer competencias que no estuvieren previamente establecidas en la ley.

Por otro lado y desde un punto de vista práctico, la norma no pudo ser más inconveniente al someter al Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 1, -que es el que recibe y mantiene el mayor número de causas en esta materia-, a la tediosa tarea de paralizar su trabajo por varias semanas para “re-sortear” aproximadamente

28 Desde el punto de vista gramatical, habría que corregir en las resoluciones del Consejo de la Judicatura el error de la denominación “Contencioso Administrativo”. La materia asignada a esta Unidad es “Contencioso Administrativa” en género femenino y no “Contencioso Administrativo” como consta en el texto que comento, porque tal designación corresponde al sustantivo “materia” —género femenino—. El error jurídico sin embargo no es menos ofensivo que el gramatical conforme analizo en este capítulo.

quince mil procesos, expedir un número similar de providencias en cada una de ellos y obligar a los nuevos jueces a asumir ilegalmente una competencia que ya estaba radicada ante otros jueces.

Si consideramos que en la mayoría de los casos intervienen como partes tres sujetos procesales, el accionante, la entidad pública demandada y la Procuraduría General del Estado, por cada providencia de este ilegal resorteo se debieron imprimir al menos cuatro documentos: uno para el proceso y tres adicionales para notificar a cada parte. En otras palabras, no menos de 60 mil hojas de papel habrían sido impresas para que los nuevos jueces asuman competencia en las causas “resorteadas”. Si se estima que entre ubicar el proceso, resortearlo, emitir una providencia y notificarla se emplearon veinte minutos por cada juicio, tenemos que se comprometieron más de cinco mil horas-hombre de funcionarios de este Tribunal Distrital No. 1 en un resorteo ilegal que violó el Art. 163 No. 2 del Código Orgánico de la Función Judicial, en que quedó virtualmente paralizado el trabajo del Tribunal, retardando injustificadamente el servicio de administración de justicia.

La demora en la resolución de los procesos resorteados es imputable a los miembros que integran el Pleno del Consejo de la Judicatura que suscribieron la resolución 054-2013 contraria a Derecho y les hace responsables de eventuales daños provocados a las partes procesales en esas causas.

Pero el Artículo 3 que comento, no solamente incurrió en estas ilegalidades, sino que provocó un efecto devastador para el funcionamiento del Tribunal Distrital No. 1 con sede en Quito, el órgano de administración de justicia que conoce el mayor número de litigios que involucran al Estado ecuatoriano²⁹. Dicho artículo también reveló desconocimiento de la estructura del contencioso administrativo³⁰, puesto que el resorteo de causas que dispuso, ordenó que sea aplicado en “*los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, existentes, con sede en la ciudad de Quito*” como si en Quito hubieren existido varios tribunales distritales (¡!).

Cuando analicé el Art. 3, estimé que se trataba de un error en la redacción; sin embargo, el Art. 5 deja en claro que no se trataba de ningún error, sino de un grosero des-

29 *Vid.* las estadísticas que constan en el Capítulo 2.3.2. de este libro cuando se analiza la acumulación de causas en los distintos tribunales distritales.

30 El texto del Art. 3 de la Resolución 054-2013 es el siguiente: “Artículo 3.- Las causas que en esta materia se encontraren conociendo los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, con sede en la ciudad de Quito, serán resorteadas para el conocimiento de los nuevos jueces conforme lo establecido en el artículo anterior”.

conocimiento de la estructura del contencioso ecuatoriano, por parte de un órgano cuya primera responsabilidad debió haber sido conocer cómo estaban estructurados los tribunales destinatarios de sus ilegales resoluciones y de sus pretendidos “modelos de gestión”. El Art. 5 perseveró en el error de considerar que en Quito tienen sede varios tribunales distritales, los números 1 y 2³¹ y semejante error no deja de ser llamativo en un cuerpo colegiado creado para el gobierno y administración de la Función Judicial, integrado por cinco vocales de los que cuatro tienen título profesional de abogados.

En otras palabras, se consideraba que el tribunal distrital No. 2 de Guayaquil (creado desde la reforma constitucional de diciembre de 1992) tenía sede en Quito y que en Quito habrían dos tribunales distritales, como se puede analizar en el texto de los Arts. 3 y 5 de la Resolución No. 54-2013. La resolución 061-2013 dictada más tarde, trató de enmendar este imperdonable gazapo, pero hasta la fecha en que escribo este análisis, no se ha corregido el del Art. 3 que he comentado.

No menos groseras que las infracciones a la ilegalidad y la ignorancia sobre la estructuración de los tribunales distritales contencioso administrativos, son las violaciones a la Constitución de la República. Comentaré al menos dos que describen mejor el deplorable cuadro de informalidad jurídica que en esta materia viene propiciando el Consejo de la Judicatura.

La primera violación es al Art. 178 de la Constitución. Esta norma fija cuáles son los órganos de administración de justicia y señala en cuatro numerales a la Corte Nacional de Justicia, las cortes provinciales de justicia, los tribunales y los juzgados que establezca la ley y los juzgados de paz. La norma no menciona a las denominadas “unidades judiciales” ni prevé que mediante resoluciones administrativas del Consejo se pueda alterar esa estructura o que bajo invocación de pretendidos “modelos de gestión” o “modalidad de *pool* de jueces” se puedan válidamente crear órganos distintos de los establecidos en la Constitución o en la ley.

El inciso final de ese artículo de la Constitución va más allá y señala que corresponderá a la “ley” fijar “la organización, el ámbito de competencia, [y] el funcionamiento de los órganos judiciales...” (Art. 178). Por tanto, la norma constitucional ha establecido un principio de reserva de ley en la organización y funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

31 El texto del inciso primero del Art. 5 de la Resolución 054-2013 es el siguiente: “Artículo 5.- Se suprimen los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo No. 1 y 2 con sede en la ciudad de Quito...”.

Es de destacar que aquellas facultades de gobierno, administración y disciplina de la función judicial que el Art. 178 de la Constitución atribuyó al Consejo de la Judicatura no le franquean la potestad de fijar “modelos de gestión” que se aparten de la estructura organizacional legalmente prevista para los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, porque la norma constitucional manda que los aspectos relativos a la organización y funcionamiento queden reservados a disposiciones de rango legal y no a simples resoluciones administrativas.

La segunda infracción que vició de inconstitucionalidad de fondo las resoluciones 054-2013 y 061-2013, fue la violación del Art. 226 de la Constitución, que consagra el principio de legalidad en materia administrativa (Art. 226), piedra angular del Derecho Público y del denominado “Estado Constitucional de Derechos y de Justicia” que proclama el primer artículo de la Constitución.

Según este principio, las instituciones del Estado, sus organismos y funcionarios que actúan en virtud de una potestad estatal, pueden ejercer solamente las atribuciones fijadas en la Constitución y la ley³². Esta norma instituye una verdadera reserva de ley al momento de fijar competencias administrativas. Sobre este punto se debe subrayar que no existe norma legal, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, que hubiere atribuido al Consejo de la Judicatura facultad alguna para crear unidades judiciales, menos aún en el seno de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo.

La reforma introducida al Art. 216 del Código Orgánico de la Función Judicial ley aprobada por la Asamblea Nacional en julio de 2013 (R. O. 38-S, 17-08-2013) confirma el criterio expuesto, dado que por mandato del legislador quedó establecido que el Contencioso Administrativo dejaba de ser una Sala de la Corte Provincial y volvía a ser un Tribunal Distrital, en ningún caso una “unidad judicial”.

Los considerandos de estas dos resoluciones no mencionan en qué disposición legal concreta el Consejo de la Judicatura fundamentó su decisión de crear “unidades judiciales” contencioso administrativas, como debió hacer en virtud del deber de motivación.

32 El texto de la Constitución de la República es el siguiente: “Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicas y las personas que actúan 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 de los derechos reconocidos en la Constitución”. De la última parte de la norma transcrita deriva un deber jurídico impuesto al Consejo de la Judicatura y que este no cumple: ocuparse del derecho fundamental a la seguridad jurídica (Constitución, Art. 82), respetando la estructuración por salas de los tribunales distritales contencioso administrativos porque esa es la conformación dada por la ley para estos órganos de administración de justicia (Código Orgánico de la Función Judicial, Art. 216).

A esa conclusión se llega después de leer el texto íntegro de las Resoluciones 054-2013 y 061-2013 que hemos comentado, en que no aparece mencionado el fundamento legal que autorice la atribución de imponer modelos de gestión apartados de la estructura orgánica establecida en la Constitución y en el Código Orgánico de la Función Judicial. Hay sí, tres referencias normativas: la primera es el Art. 178 de la Constitución que señala que el Consejo de la Judicatura es el órgano de gobierno y administración de la Función Judicial; la segunda el Art. 181 Nos. 1 y 5 de la Constitución que le atribuye la definición y ejecución de políticas para el mejoramiento, modernización y transparencia de la Función Judicial, y la tercera el Art. 264 No. 8 literal a) del Código Orgánico de la Función Judicial que le atribuye la facultad de crear o suprimir salas de los tribunales distritales.

Ninguna de estas normas confiere al Consejo de la Judicatura la potestad pública de crear “unidades jurisdiccionales”, ni para eliminar todas las salas en que el tribunal distrital No. 1 venía integrado al amparo de la ley.

Adicionalmente, es de subrayar que la potestad de suprimir salas que prevé el Art. 264 No. 8 no comprende la de eliminarlas sin más, puesto que el Art. 216 del Código Orgánico de la Función Judicial ha establecido que los tribunales distritales se conformarán mediante salas y que el Consejo de la Judicatura establecerá el número de salas que corresponda (creando nuevas salas o suprimiendo salas creadas con anterioridad). La atribución de suprimir salas comprende, en sentido positivo, la de fijar el número de salas que el servicio de justicia exija; y en sentido negativo, suprimir las salas que no hagan falta, conservando las que fueren suficientes para atender las necesidades de despacho, pero en ningún caso eliminándolas a todas ellas e irrespetando la estructuración que la ley fija para tribunales conformados por salas.

De allí que resulte violatorio del Art. 216 del Código Orgánico de la Función Judicial, el Art. 5 de la Resolución 054-2013 que suprimió las Salas 1 y 2 del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, y dejó 19 jueces nombrados dentro del tribunal, apartándose de lo que la ley estableció para la organización de estos tribunales.

El Consejo de la Judicatura incumplió su obligación jurídica de establecer el número de salas de los tribunales distritales, tal como manda la ley, propiciando un estado de informalidad en la administración de justicia en materia contencioso administrativa, específicamente en el Tribunal Distrital No. 1 en que se ventila el mayor número de causas. Por ello, cualquier persona natural o jurídica que se viere afectada por las

decisiones que adopta una unidad jurisdiccional que no existe legalmente, tendrá derecho de demandar al Estado y exigir de este la reparación íntegra de daños y perjuicios en los términos del Art. 11 de la Constitución de la República y Art. 32 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Las infracciones en que incurrieron las resoluciones que expidió el Consejo de la Judicatura comportan también violación de obligaciones internacionales asumidas por la República del Ecuador en tratados de protección de derechos humanos, concretamente, de las que nacen de las siguientes normas: (i) Art. 2 numeral 3 literal b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas³³ que fija el compromiso de los Estados Parte de garantizar a todas las personas que sus derechos sean decididos por autoridades judiciales competentes “previstas por el sistema legal del Estado”; (ii) Art. 8 numeral 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos³⁴ que trata sobre las “Garantías Judiciales” y consagra el derecho de toda persona a ser oída por un juez o tribunal competente “establecido con anterioridad por la ley”, norma que tiene relación directa con el Art. 25 numeral 2 literal a) que trata sobre “protección judicial” y fija el compromiso de los Estados Partes de garantizar a las personas que exista una autoridad competente “prevista por el sistema legal” para decidir sobre los derechos de toda persona.

La Unidad Judicial Contencioso Administrativa como tal no es un órgano previsto en ninguna ley de la República sino solamente en las resoluciones administrativas que ha dictado el Consejo de la Judicatura, decisiones administrativas que violan normas de la Constitución y del Código Orgánico de la Función Judicial, sin que la pretendida atribución de establecer “modelos de gestión” en la Función Judicial le autorice implantar órganos jurisdiccionales que no han sido creados por el legislador. Por tanto, las decisiones que adoptó dicha “Unidad Judicial” mientras funcionó como tal son nulas y sin ningún valor jurídico.

33 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas fue aprobado mediante resolución legislativa publicada en el Registro Oficial 28 de 10 de octubre de 1968 y ratificada mediante Decreto Ejecutivo No. 37, publicado en el Registro Oficial 101 de 24 de enero de 1969.

34 La Convención Americana de Derechos Humanos fue ratificada mediante Decreto Supremo 1883 de 21 de octubre de 1977 y entró en vigor el 18 de julio de 1978. El texto de la Convención fue publicado en el Registro Oficial No. 801 de 6 de agosto de 1984.

2. DISFUNCIONALIDADES DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO

En este acápite, enunciaré algunas dificultades que enfrenta el contencioso administrativo y cómo estas vienen menoscabando la credibilidad en dicha jurisdicción especializada. Uno de los problemas y quizá el más trascendente de la justicia administrativa es la aplicación que se hace del principio de ejecutividad de los actos administrativos. Sin embargo, no podría, por destacar este problema, disimular la importancia de otros vicios también estructurales en el desenvolvimiento del sistema: la falta de seriedad en el manejo del control disciplinario de los jueces, la ausencia de mecanismos apropiados para la evaluación de jueces, la demora en la tramitación de los juicios, la asignación de materias que no corresponden propiamente a la jurisdicción contencioso administrativa, la falta de un adecuado control de legalidad en sede administrativa, desconfianza en la administración de justicia, son algunas disfuncionalidades que han provocado desde hace varios años la atrofia del sistema de control de legalidad, un estímulo implícito a las prácticas de corrupción, en síntesis, un deterioro de la institucionalidad en el Ecuador.

El Código Orgánico General de Procesos que entró en vigencia el 22 de mayo de 2016, busca resolver el problema del proceso escrito con la implantación de un procedimiento oral, no será aplicable a los juicios cuyas demandas se presenten hasta esa fecha. Por tanto, los problemas generados por ausencia de oralidad seguirán afectando a más de diez mil causas que se han venido acumulando en los distintos tribunales distritales de lo contencioso administrativo y se prolongarán por varios años más, visto el tiempo que tomará el despacho de los procesos acumulados a la fecha.

Para una mejor sistematización del análisis que expongo a continuación, me he permitido categorizar así las anomalías más acuciantes según la afectación que provocan en el orden jurídico: *(i)* disfuncionalidades que menoscaban la independencia de los jueces *(ii)* disfuncionalidades que afectan al derecho constitucional de las partes procesales, y, *(iii)* las que perjudican la credibilidad en el proceso contencioso administrativo.

Al respecto debo aclarar que las clasificaciones siempre serán limitadas e imperfectas pues al final del día, todas las disfuncionalidades enunciadas convergen en una afectación al derecho fundamental de las partes procesales porque suponen infracción a la tutela efectiva que consagran la Constitución de la República y los tratados de protección de derechos humanos.

2.1. Disfuncionalidades que menoscaban la independencia de los jueces

Estas anomalías que distorsionan el funcionamiento del contencioso, afectan la independencia de los jueces y perturban la seriedad con la que deben asumir el ejercicio jurisdiccional, se originan en dos causas provocadas por el Consejo de la Judicatura: *(i)* un control disciplinario que se ha venido apartando de su finalidad; *(ii)* el sistema de evaluación de jueces distritales, viciado de arbitrariedad.

2.1.1. Un control disciplinario apartado de su finalidad

El control disciplinario sobre los jueces se ha convertido en los últimos años, en la herramienta técnica que con mayor eficacia y perversidad menoscaba la independencia de la justicia ecuatoriana. Desde 2009 aproximadamente, este fenómeno ha mutado en vicio estructural si atendemos las causas que estimulan su progresión dañina: la primera, los errores que parten del texto del Código Orgánico de la Función Judicial expedido en marzo de 2009; y la segunda, el desorden normativo que propicia el órgano de control disciplinario, el Consejo de la Judicatura, que ha expedido y reformado, con inusitada frecuencia, resoluciones administrativas respecto de esta delicada materia. El resultado que deriva de estos factores, uno legislativo y otro de carácter administrativo, ha permitido que cualquier autoridad pública que desconozca límites jurídicos y morales en el ejercicio del poder, interfiera en las decisiones de los jueces contencioso administrativo y contencioso tributarios, como se analiza a continuación.

A este respecto, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha realizado notables aportes para la cabal comprensión de la independencia de la justicia y de los factores que conspiran contra ella:

El principio de independencia del Poder judicial ha sido reconocido como “costumbre internacional y principio general de derecho” y ha sido consagrado en numerosos tratados internacionales. La independencia de todo órgano que realice funciones de carácter jurisdiccional es un presupuesto indispensable para el cumplimiento de las normas del debido proceso en tanto derecho humano y su ausencia afecta el ejercicio del derecho de acceder a la justicia, aparte de generar desconfianza y hasta temor, que orille a las personas a no recurrir a los tribunales³⁵.

2.1.1.1. Errores del Código Orgánico de la Función Judicial

En el Título II del Código se regulan las Carreras de la Función Judicial y dentro de aquel, el Capítulo VII, se refiere al Régimen Disciplinario (Arts. 102 a 119). Allí se han clasificado las infracciones en *leves*, sancionadas con amonestación escrita o penas pecuniarias (Art. 107); infracciones *graves*, sancionadas con suspensión sin remuneración por un plazo que no exceda de treinta días (Art. 108); y, las infracciones *gravísimas*, penadas con destitución (109).

Mientras que en las infracciones *leves* sancionadas con amonestación escrita, las conductas punibles están tipificadas con precisión y claridad, en las infracciones graves y gravísimas penadas con sanciones más drásticas, el legislador se apartó de estas exigencias de una tipicidad precisa y prefirió utilizar normas penales en blanco, cuyos textos dejaron abiertas las puertas de la arbitrariedad como se desprende de la infracción grave tipificada en el Art. 108 No. 8 y de la infracción gravísima del Art. 109 No. 7.

El jurista y catedrático Luis Pasara advirtió con oportunidad sobre estas falencias legales que han venido gestando disfuncionalidades muy graves en el sistema de administración de justicia en Ecuador. Anticipó con acierto que el control de legalidad sobre actuaciones administrativas del Estado solamente será posible cuando sea ejercido por jueces independientes; y que la sola previsión legal de destitución,

35 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Garantías para la independencia de los operadores de Justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la Justicia y el Estado de Derecho en las Américas*. OEA/Ser. L/V/II. Doc. 44, 5 de diciembre de 2013, p. 14.

en las condiciones que se analizan a continuación, aun cuando no se apliquen estas normas, será causa suficiente para que dicha independencia quede seriamente disminuida. Esto es así porque el control sobre los actos de gobierno solamente puede ser ejercido por jueces independientes, no por aquellos que ejercen la judicatura en un contexto institucional en el que pende sobre ellos la eventualidad de ser despojados del cargo en el caso de que emitan una resolución que no complazca a las autoridades gubernamentales. Aunque nadie fuera destituido, si tal posibilidad existe en los hechos, la independencia judicial deviene cercenada³⁶.

2.1.1.1.1. Análisis de la infracción grave del Art. 108 No. 8

Por mandato del Art. 168 No. 1 de la Constitución, todos los órganos de la Función Judicial —incluidos los jueces distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario— “gozarán de independencia interna y externa”. La primera consecuencia de este principio es que la atribución de substanciar un proceso o de fijar el contenido de una sentencia sea competencia exclusiva y excluyente de los jueces que conocen la causa y no de órganos administrativos, menos aún del órgano administrativo que detente potestades disciplinarias sobre dichos jueces. En otras palabras, el análisis de la tramitación de un proceso y de la decisión sobre el fondo de cualquier controversia judicial corresponde solamente a los jueces que conocieron del proceso y, en virtud de un recurso procesal, a los jueces superiores.

El numeral 8 del Art. 108 del Código Orgánico de la Función Judicial rompe el principio constitucional porque traslada al órgano de control disciplinario atribuciones para calificar las decisiones adoptadas por los jueces en los procesos sometidos a conocimiento de estos. El tipo penal administrativo señala que será infracción *grave* “no haber fundamentado debidamente sus [...] resoluciones o sentencias [...], [...], o en general en la substanciación y resolución de las causas, haber violado los derechos y garantías constitucionales en la forma prevista en los Arts. 75, 76 y 77 de la Constitución de la República”.

Según esta norma, un director provincial del Consejo de la Judicatura estaría investido de atribuciones plenas para evaluar las sentencias o cualquier providencia que expidan los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o

36 LUIS PÁSARA. *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Lima: Ed. Fundación para el Debido Proceso, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Instituto de Defensa Legal, 2014, p. X. Estas y otras observaciones de Luis Pásara revelan versación y un agudo sentido de la observación sobre el mal funcionamiento de la justicia ecuatoriana.

Contencioso Tributario, para establecer si están “debidamente” fundamentadas, o lo que es más preocupante, para determinar si en la tramitación o en la decisión final de un determinado proceso, se habrían violado derechos y garantías constitucionales.

Al respecto se debe señalar que, bajo el principio de independencia que establece la Constitución de la República, ningún funcionario administrativo puede ni debe tener atribuciones para analizar si una sentencia está o no debidamente motivada, o si en ella se han infringido o no derechos constitucionales. La substanciación de un proceso o la decisión final sobre el fondo de la controversia no corresponde a un empleado administrativo sino exclusivamente a los jueces; y, a los jueces superiores corresponderá la evaluación jurídica relativa al trámite procesal o al derecho aplicado en la sentencia.

Es el juez *ad quem* y solo este el llamado a revisar en un proceso, si el derecho constitucional ha sido o no infringido en el caso concreto, o si la fundamentación jurídica del juez *a quo* fue correcta.

Al respecto, la Veeduría Internacional contratada por el Ecuador para analizar lo que se dio en llamar “la reforma de la justicia”, formuló sus reparos a la mencionada atribución disciplinaria y señaló en lenguaje redundante pero jurídicamente acertado que “la independencia tiene un componente subjetivo fundamental que nace de la propia capacidad y obligación del servidor judicial que debe ejercer su labor con una independencia e imparcialidad a prueba de cualquier presión o ataque”; y con relación a la infracción grave (Art. 108 No. 8) señaló:

Lo mismo cabe decir de las medidas preventivas de suspensión de jueces/as que, a veces, se convierten en actos estrictamente discrecionales, sobre todo cuando provienen de la revisión administrativa de una decisión jurisdiccional y, cuando bajo supuestas prevaricaciones, se podría esconder lo que realmente es un criterio de interpretación de una norma dentro de la libertad de interpretación que compete a todo juez³⁷.

El órgano jurisdiccional superior es el único llamado a analizar estos temas a través de un recurso de apelación o de casación. Para el caso de los jueces distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario, el análisis de la fundamentación debida de una sentencia o de un auto definitivo o los temas relativos a la

37 Baltazar GARZÓN REAL, Carolina ESCOBAR SARTI, Porfirio MUÑOZ LEDO, Daniel GURZI, Víctor Hugo FORESI. *Informe Final de la Veeduría Internacional a la Reforma de la Justicia en Ecuador*. Quito, diciembre de 2012, p. 42.

substanciación de un determinado proceso, corresponde a las Salas de lo Administrativo o de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia en su orden, no a un empleado del Consejo de la Judicatura. En este caso, la norma de la ley está propiciando una fractura del principio de independencia que proclama el Art. 168 No. 1 de la Constitución.

La tipificación que se hace de las otras siete conductas que también comportan infracciones graves (Art. 108 del COFJ) ratifican el criterio expuesto, pues en ninguno de esos otros casos se atribuye al órgano disciplinario el examen de aspectos que se vinculen con el fondo de una controversia resuelta o con la tramitación del proceso: agredir de palabra o por escrito a compañeros de trabajo o usuarios del servicio; acudir al trabajo en estado de ebriedad, organizar paralizaciones del servicio de justicia, omitir reiteradamente en el envío de información a que está obligado el servidor judicial, no firmar intencionalmente actas o providencias o dejar caducar una prisión preventiva; todas estas inconductas son infracciones graves, que exigen un examen objetivo sobre el comportamiento de los jueces, —en ningún caso subjetivo sobre decisiones jurisdiccionales—, y que tienen una razón de ser para preservar el orden y precautelar la imagen que debe distinguir a la administración de justicia.

El que en medio de aquellas inconductas el legislador haya introducido una facultad de análisis sobre fundamentación de sentencias o de providencias que sustancian el trámite del juicio o control sobre violación de derechos constitucionales, revela desconocimiento de para qué sirve el control disciplinario de los jueces y de que al legislador ecuatoriano no le interesó construir la independencia de los jueces que proclama la Constitución.

En síntesis: el legislador ecuatoriano ha decidido introducir una potestad disciplinaria exorbitante, que no guarda relación con las demás infracciones graves, para que un órgano administrativo analice los contenidos de una decisión jurisdiccional y que en su entendimiento —normalmente menos ilustrado que el del juez distrital— establezca en qué casos hay fundamentación debida y en qué casos fundamentación indebida o juzgue si en un proceso hubo violación de derechos constitucionales o no la hubo. Por otro lado, esta atribución de carácter disciplinario resulta innecesaria si se considera que en Ecuador existen recursos procesales que permiten a jueces superiores realizar esos análisis; adicionalmente, desde 2008, existe una garantía jurisdiccional para que la parte que se viere afectada en el trámite de un proceso, por violación de derechos constitucionales, plantee una acción extraordinaria de protec-

ción a la Corte Constitucional, órgano jurisdiccional integrado por nueve vocales con atribuciones exclusivas y excluyentes para decidir si hubo o no tal violación.

Sobre este tema, el Documento 44 preparado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para la independencia de la justicia señala lo siguiente:

[...] la independencia de la judicatura debe ser garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o la legislación del país y resulta primordial que dicha independencia se garantice jurídicamente al más alto nivel posible de tal manera que “[a]unque [...] esté consagrada en la Constitución, debe recogerse también en la legislación”. La Comisión considera que las constituciones y leyes nacionales deben observar dicho principio, y el sistema de administración de justicia en su conjunto debe estar organizado de manera tal que la independencia del Poder judicial sea garantizada. La CIDH recuerda que según lo ha precisado el Comité de Naciones Unidas “[t]oda situación en que las funciones y competencias del poder judicial y del poder ejecutivo no sean claramente distinguibles o en la que este último pueda controlar o dirigir al primero es incompatible con el concepto de un tribunal independiente³⁸.

2.1.1.1.2. *Infracción gravísima del Art. 109 No. 7*

Las infracciones *gravísimas* que dan lugar a una destitución de jueces también han sido reguladas en la ley de manera inconsulta e inconveniente, y han sido materia de inaceptables tergiversaciones por parte del Pleno del Consejo de la Judicatura que es el órgano con facultad para analizarlas e imponer la correspondiente sanción de destitución.

La tipificación del Art. 109 No. 7 se refiere a esta infracción en los términos siguientes: “Intervenir en las causas que debe actuar como Juez, [...] con dolo, manifiesta negligencia o error inexcusable”. Al respecto, subrayo tres temas jurídicamente relevantes sobre la inconveniencia de esta norma y la necesidad perentoria de su eliminación inmediata:

En primer lugar, las conductas que describe (manifiesta negligencia o error inexcusable) son conceptos indeterminados, deferidos a la discrecionalidad del Pleno del Consejo de la Judicatura. Estos conceptos se han convertido en la muletilla de

38 COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. cit.*, p. 15.

la persecución del juez contencioso administrativo y contencioso tributario y de la fractura de su independencia.

En segundo lugar, el dolo es un elemento constitutivo de los delitos, por ello, no podría ni debería ser apreciado o calificado por un órgano administrativo. La atribución para establecer si hubo o no intención positiva de causar daño es materia reservada a la jurisdicción penal no al derecho administrativo sancionador. La potestad disciplinaria, que tiene carácter administrativo, no puede en ningún caso ir más allá de la evaluación de conductas culposas, y en los casos extremos en los que se advierta dolo, el expediente debería derivarse a la investigación de la Fiscalía General del Estado.

En tercer lugar, la atribución del Pleno del Consejo de la Judicatura de revisar la decisión jurisdiccional y establecer si hubo o no error inexcusable o negligencia manifiesta, comporta afectación de la independencia de los jueces, porque exige del órgano administrativo hacer un juzgamiento paralelo del caso concreto, pero orientado a imponer una sanción al juzgador que decidió. La manifiesta negligencia o el error inexcusable son conceptos indeterminados que dejan abierta la puerta a la arbitrariedad, al punto que la Veeduría Internacional a la Reforma de la Justicia también observó la inconveniencia de mantener esta norma, en los términos siguientes:

En este sentido, ha de llamarse la atención sobre la regulación del denominado error inexcusable que se encuentra contenido en el Código Orgánico de la Función Judicial, y que en los requerimientos que se ha realizado en esta Veeduría Internacional se ha acreditado que puede enmascarar acciones disciplinarias que suponen auténticas revisiones jurisdiccionales. Esta potencial injerencia debería ser eliminada y acogerse un sistema disciplinario pormenorizado, con cláusulas definidas y con prohibición expresa de la aplicación analógica en perjuicio del supuesto responsable³⁹.

Con lenguaje tibio y esquivo, porque nada dice de la “negligencia manifiesta”, el informe de la Veeduría Internacional al menos advirtió la contradicción grosera que el “error inexcusable” supone respecto del principio de independencia. Esta infracción tipificada en el Art. 109 No. 7 ha sido utilizada para la destitución de magistrados de

39 Baltazar GARZÓN REAL, *et al.*, *Op.cit.* p. 42.

la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y jueces de los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, como se analiza más adelante.

La tipificación de las otras infracciones *gravísimas* que trae el Art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial confirman el análisis precedente, pues, luego de leer la norma completa, se advierte que el numeral 7 queda fuera del contexto de las demás conductas punibles como son las siguientes: vulnerar la independencia interna de otros jueces, abandonar el trabajo por más de tres días sin justificación, retención indebida de documentos, procesos o bienes de la Función Judicial, introducción extemporánea de documentos al proceso, mutilación de procesos, ejercicio de la profesión de abogado directamente o por interpuesta persona, haber recibido condena en un delito reprimido con pena privativa de libertad, haber proporcionado información o documentos falsos en concurso de oposición y méritos, acoso sexual, manipulación del sistema informático de la Función Judicial, recibir o solicitar préstamos en dinero que afecten la imparcialidad del servidor.

Los diecisiete numerales restantes del Art. 109 son infracciones gravísimas que pueden ser medidas objetivamente por el órgano de control disciplinario y que por su contenido no tienen relación con la tipificada en el numeral 7, que exige una valoración subjetiva de las decisiones jurisdiccionales.

2.1.1.2. Desorden normativo propiciado por el Consejo de la Judicatura

La potestad disciplinaria que la ley atribuye al Consejo de la Judicatura ha resultado inconsistente, entre otras razones, por la informalidad jurídica que suponen las resoluciones cambiantes que expide el órgano de control.

A partir de la vigencia del Código Orgánico de la Función Judicial en marzo de 2009, se produce un inexplicable desorden normativo que ha venido lesionando la seguridad jurídica de los jueces que son los sujetos pasivos del control disciplinario. En seis años han regido al menos tres reglamentos, y en cada uno de ellos se han dictado varias reformas, lo que significa que los jueces en Ecuador están sometidos a un régimen jurídico disciplinario basado en normas que cambian cada catorce meses, sin entrar en el análisis de cómo se estiran esas disposiciones reglamentarias al momento de sancionar o absolver a los jueces expedientados.

Esta inestabilidad normativa afecta al derecho a la seguridad jurídica que consagra el Art. 82 de la Constitución en un sinnúmero de expedientes disciplinarios, porque

lesiona el derecho de los jueces investigados, de contar con normas claras y expeditas, porque les priva de la certeza que el Derecho debe ofrecer a toda persona que, en ejercicio de sus funciones, puede verse avocada a una sanción. Más aún, crea, en perjuicio de los jueces, una desventaja angustiosa que afecta al derecho fundamental de defensa, porque la autoridad con potestad normativa para dictar las reglas del régimen disciplinario, el Consejo de la Judicatura, es la misma que aplica dicho régimen, al menos cuando se trata de infracciones gravísimas sancionadas con pena de destitución.

En un período de siete años ha quedado en evidencia la improvisación normativa en tan delicada materia. Al respecto se han dictados las siguientes resoluciones:

1. Normas para el Control Disciplinario de la Función Judicial. Registro Oficial 598-S de 26 de mayo de 2009;
2. Resolución 16-2011 que contiene el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria. Registro Oficial 567 de 31 de octubre de 2011;
3. Resolución No. 184-2013 que contiene el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura. Registro Oficial 152-S de 27 de diciembre de 2013. De este último se aprobaron dos reformas:
 - * La primera reforma a los cuatro meses de haber sido dictada, contenida en la Resolución 051-2014. Registro Oficial 220-S de 7 de abril de 2014; y,
 - * La segunda reforma contenida en la Resolución 289-2014. Registro Oficial 395-S de 12 de diciembre de 2014.

Con relación a este último Reglamento de diciembre de 2013, en un lapso de doce meses, se hicieron dos reformas importantes, al punto que se volvió necesario codificarlas mediante la expedición de las reglas contenidas en el Reglamento que actualmente rige:

4. Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura contenido en la Resolución No. 29. Registro Oficial 455-S de 10 de marzo de 2015.

Los errores que parten del Código Orgánico de la Función Judicial y el desordenado ejercicio de la potestad normativa por el Consejo de la Judicatura ofrecen condiciones favorables para que la presión política encuentre, en el control disciplinario, una herramienta de persecución de los jueces o de amedrentamiento para condicionar sus decisiones en las causas que resuelven. Los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Contencioso Tributario son los órganos jurisdiccionales más vulnerables al ejercicio indebido del control disciplinario, porque a estos les corresponde el conocimiento de conflictos jurídicos que son interés directo para el Estado, en que los entes de derecho público y administraciones tributarias en general, son partes procesales.

2.1.1.3. Dos casos paradigmáticos de infracción a la independencia de la justicia

La aplicación práctica que el Consejo de la Judicatura viene haciendo de estas normas fue observada apropiadamente por Luis Pásara, quien se refiere a la debilidad del control social sobre el trabajo de los jueces, frente a un protagonismo inusitado y no deseado de las denuncias promovidas por empleados del Estado.

Importa destacar que del total de casos, 37 fueron iniciados mediante una denuncia formulada por un funcionario gubernamental y apenas cinco empezaron con la denuncia de un particular. Este dato parece poner de manifiesto cierta debilidad de la vigilancia social sobre los jueces o de la importancia que el Consejo confiere a las denuncias formuladas por ciudadanos y sugiere el papel protagónico en la supervisión de la actuación y el desempeño judiciales corresponde, más bien, a autoridades y altos funcionarios de la Función Ejecutiva⁴⁰.

A continuación, analizo dos ejemplos escandalosos de un ejercicio de potestad disciplinaria contrario a Derecho, en que el Consejo de la Judicatura aprovechó las normas penales en blanco de los Arts. 108 No. 8 y 109 No. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial para decidir la destitución de dos jueces de la Corte Nacional de Justicia y de los que integraban el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, en ambos casos sustentado en denuncias promovidas por órganos de derecho público.

40 El análisis del Dr. Luis Pásara parte de una muestra de cuarenta y dos (42) resoluciones, veinte y cinco (25) de ellas correspondieron al Consejo de la Judicatura de Transición presidida por el Señor Paulo Rodríguez y diecisiete (17) pertenecieron al Consejo actual presidido por el Abogado Gustavo Jalkh. Luis PÁSARA. *Op. cit.* p. 46

2.1.1.3.1. Expediente disciplinario de jueces nacionales de la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia

El primer caso se refiere al expediente disciplinario número D-0879-2013-M iniciado por una queja que el Servicio de Rentas Internas presentó ante el Consejo de la Judicatura, en contra de los doctores José Suing Nagua (exjuez Nacional) y Gustavo Durango Vela (exconjuez Nacional), que integraban la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional, y derivó en su separación.

Los mencionados jueces fueron sancionados por la sentencia que habían expedido dentro del recurso de casación 497-2010 que planteó la compañía Oleoducto de Cruce Pesados Ecuador S. A. (OCP). En opinión de quien escribe estas líneas, ellos hicieron una correcta aplicación de la legalidad tributaria, porque acertaron en considerar como gasto deducible de la base del impuesto a la renta los intereses por créditos externos que había pagado ese contribuyente a sus acreedores del exterior.

OCP había demostrado con prueba instrumental suficiente que los créditos contratados en el exterior cumplían las tres condiciones previstas en el Art. 10 numeral 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno para deducirlos como un gasto: el crédito estaba asociado al giro del negocio, fue registrado en el Banco Central del Ecuador y las tasas de interés que satisfizo no excedían las autorizadas por el Directorio del Banco Central.

El fallo de casación aplicó el Art. 10 No. 2 de la Ley de Régimen Tributario y se apartó de los argumentos del Servicio de Rentas Internas. En respuesta, su director General, Carlos Marx Carrasco, en lugar de cumplir la sentencia como en Derecho le correspondía, optó por impugnarla mediante una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional. Posteriormente, acometió contra los jueces nacionales mediante la queja que presentó en el Consejo de la Judicatura. La queja señaló que los doctores José Suing y Gustavo Durango habían incurrido en falta de motivación y error inexcusable, infracciones disciplinarias de dudosa juridicidad según se ha visto, tipificadas en el numeral 8 del Art. 108 y numeral 7 del Art. 109 del Código Orgánico de la Función Judicial. A pocos sorprendió que los planteamientos de la autoridad tributaria hayan merecido resultados tan sincronizados e inmediatos: en tres meses, el Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió la destitución de los jueces nacionales que dieron su voto concurrente en ese fallo y, pocos días después la Corte Constitucional dejó sin efecto la sentencia⁴¹.

41 La acción extraordinaria de protección que planteó el Servicio de Rentas Internas violaba el Derecho, porque los

El Pleno del Consejo de la Judicatura concluyó que los jueces sumariados no motivaron debidamente la sentencia e incurrieron en “error inexcusable” porque no justificaron las razones por las que se apartaron de pronunciamientos anteriores, ni explicaron por qué se fundamentaron en causales distintas de las invocadas por quien planteó el recurso de casación. Varias consideraciones jurídicas desmerecen ese razonamiento del órgano sancionador:

La primera se refiere a que solamente un precedente jurisprudencial obligatorio, así declarado por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia de conformidad con el Art. 185 de la Constitución de la República, habría podido condicionar la decisión de los jueces en el recurso de casación interpuesto por el contribuyente OCP, puesto que, de otra manera, los jueces de la Corte Nacional y aún los jueces distritales tienen plena atribución para apartarse de una sentencia expedida anteriormente. Las sentencias en general no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que se pronunciarían conforme prevé el Art. 3 inc. 2 del Código Civil.

La segunda consideración: no hay en la resolución sancionadora un razonamiento que explique por qué los supuestos de hecho de casos anteriores eran idénticos a los supuestos de hecho del caso que fue materia del expediente disciplinario. En otras palabras, si había fallos de casación sobre un mismo punto de derecho y los jueces nacionales se apartaron de esos pronunciamientos anteriores —porque tenían atribución legal para hacerlo—, el órgano sancionador debía fundamentar sus decisión haciendo una explicación de qué elementos fácticos de los fallos de casación anteriores eran idénticos a los elementos fácticos del fallo de casación analizado. En este punto hay una debilidad y una falta de motivación en el acto de sanción porque el Consejo de la Judicatura se limitó a repetir las afirmaciones del Servicio de Rentas Internas.

La tercera observación: la motivación del fallo de casación alude a los fundamentos de derecho que aplicaron los jueces para resolver el caso concreto y en el considerando CUARTO de la sentencia que motivó el expediente disciplinario, se advierte con claridad que esa motivación está sustentada, haciendo una análisis histórico legislativo de las norma de la Ley de Régimen Tributario Interno, con explicación de por qué

entes públicos carecen de legitimación activa para plantear acciones de garantía jurisdiccional que la Constitución ha establecido para proteger derechos de los ciudadanos afectadas por actos del poder público (Ver Art. 437 de la Constitución); y, bajo la hipótesis de que un ente público fuere legitimado activo para proponer este tipo de acciones —que no lo es—, se debe subrayar que ningún derecho constitucional fue violado en la sentencia impugnada, en cuya controversia las partes discutían si un gasto es o no deducible para determinar el impuesto a la renta. Nada tenía que decidir la Corte Constitucional en esta controversia tributaria si esa denominada “Corte” ejerciera debidamente un control constitucional.

los casos anteriores decididos por la Sala diferían del caso presente y haciendo notar que la restricción a créditos externos que no podían superar el 300% del patrimonio del contribuyente, no era aplicable al ejercicio fiscal que estaba siendo juzgado.

La cuarta observación insiste en lo señalado en estas reflexiones: aún cuando los Arts. 108 No. 8 y 109 No. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial hubieren tipificado causales de falta de motivación y de error inexcusable, resulta contrario a la independencia que proclama el Art. 168 No. 1 de la Constitución que un órgano administrativo sea el llamado a controlar el contenido de las sentencias que dictan los jueces. Por ello, aunque ninguna relevancia tenga hacer un análisis sobre el contenido de la decisión adoptada por los Jueces Nacionales, pues a nadie corresponde evaluar sus decisiones en Derecho, este autor prefiere dedicar unos pocos párrafos para abundar en la demostración de que los análisis de falta de motivación y error inexcusable que hace el Consejo de la Judicatura son manifiestamente contrarios a Derecho.

El argumento del SRI de que los señores jueces Nacionales habrían violado el Art. 17 del Código Tributario no es sino afirmación de la parte interesada en el juicio, y en ningún caso una regla de interpretación como esa disposición podría sustentar una infracción de “error inexcusable”.

El Art. 17 del Código Tributario señala dos reglas para calificar el hecho generador de un impuesto: si consiste en un acto jurídico debe atender su esencia y naturaleza jurídica, cualquiera sea la forma elegida por el contribuyente; y si el hecho generador se delimita atendiendo conceptos económicos el criterio tendrá en cuenta las situaciones o relaciones económicas que efectivamente existan, con independencia de las formas jurídicas que se utilicen.

A continuación se examina el argumento relativo al Art. 17 del Código Tributario para demostrar si la norma legal está o no siendo tergiversada por la autoridad tributaria.

La glosa relacionada con la aplicación del Art. 10 No. 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno no discute la calificación de un hecho generador, pues solamente ese supuesto es el que llevaría a aplicar el Art. 17 del Código Tributario. En el referido caso las partes procesales no discutían si se había o no generado renta, sino si se aplicaba o no la deducción de un gasto.

El Art. 17 es aplicable a supuestos en que la ausencia de previsión legal o la redacción defectuosa de una norma planteen dudas para la calificación del hecho generador —en la especie no había ninguna porque el supuesto de la Ley de Régimen Tributario es claro—. La controversia OCP-SRI planteaba premisas jurídicas distintas de las comprendidas en el señalado Art. 17.

Si se aceptara el error de que la discusión de la deducibilidad de un gasto es tema jurídicamente equivalente al de la calificación del hecho generador, el Art. 17 tampoco fundamentaba la posición del Servicio de Rentas Internas, según la exposición siguiente:

El contribuyente que suscribe un contrato de préstamo o mutuo, lo registra en el Banco Central del Ecuador, paga los intereses convenidos en dicho contrato sin que superen las tasas establecidas por el Banco Central, cumple las condiciones que la ley ecuatoriana establecía para la deducibilidad del gasto.

Si el crédito es otorgado por una parte relacionada, eso no convierte al crédito en capital ni al mutuo en simulación jurídica para no pagar impuestos. El crédito sigue siendo crédito bajo la ley tributaria ecuatoriana. A partir de diciembre de 2007, la Ley para la Equidad Tributaria estableció que, cuando el crédito es otorgado por una parte relacionada, el adeudo no podrá superar el 300% del patrimonio del contribuyente; de manera que si el préstamo del exterior, otorgado por parte relacionada supera dicho valor, los intereses que correspondan a partir de ese valor dejarán de ser gasto deducible pero en ningún caso se estará frente a un crédito simulado ni ante una pretendida “subcapitalización” del contribuyente domiciliado en Ecuador, más aun cuando ha sido la ley tributaria la que ha previsto como único efecto la pérdida del derecho a deducir el gasto. La afirmación de que un contrato de mutuo puede comportar una simulación para no pagar impuesto o para pagar menos tributos no deja de ser una elucubración del recaudador de impuestos, que parte de una presunción de mala fe. Al contrario, la obtención de un crédito de una parte relacionada, a tasas de interés más ventajosas que las que ofrece el mercado financiero, resulta más conveniente para el contribuyente ecuatoriano porque pagando menos interés generará más renta y por tanto, tributará más.

El Servicio de Rentas, en este y en otros casos, tuerce el sentido del Art. 10 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, señalando que el préstamo entre relacionados, sin garantía colateral, comporta una subcapitalización y que los jueces deberían calificar la relación económica efectivamente habida entre el contribuyente y sus re-

lacionados, con independencia de las formas jurídicas que ellos hubieren utilizado y que en lugar de contratar créditos los contribuyentes simulan una *subcapitalización* para burlar el pago del impuesto a la renta.

El que se trate de un crédito otorgado por parte relacionada era asunto jurídicamente irrelevante para la mencionada ley hasta diciembre de 2007. Después de esa fecha, también es irrelevante pues la única limitación que se ha creado ha sido el monto del crédito (300% del patrimonio), pero en ningún caso la ley ha previsto que todo crédito otorgado por parte relacionada era una simulación para no pagar impuestos, que el contrato de crédito carezca de valor o que el contribuyente hubiere perdido el derecho a deducir los intereses.

En síntesis, la ley no prohíbe el derecho del contribuyente a que el crédito que recibe se origine en una transacción con partes relacionadas; al contrario, lo permite con la sola condición de que no supere el 300% del patrimonio del contribuyente; la segunda, la garantía en un contrato de préstamo y en cualquier operación de crédito es una obligación accesoria, en ningún caso un elemento que define la naturaleza o la esencia del contrato de mutuo, de manera que la existencia o inexistencia de una fianza o garantía no afecta ni la naturaleza ni la esencia de ese mutuo y así se desprende de los Arts. 31, 2099 a 2115, 2238 y 2239 del Código Civil.

Adicionalmente no puede haber *subcapitalización* de una sociedad mercantil a la que la Ley de Compañías y el Estatuto Social imponen un capital para realizar las actividades de su giro, menos aún si es que dicho capital, autorizado por acto administrativo del órgano de control, no sufre disminución alguna. En este caso, el argumento de *subcapitalización* fue groseramente inconsistente porque el capital de la Compañía Oleoducto de Crudos Pesados fue establecido mediante Decreto Ejecutivo 969⁴², cuyo Art. 3 previó cómo debió establecerse y mantenerse el capital de la compañía: “El capital pagado de la sociedad deberá ser al menos igual al 5% del valor presente de la inversión total presupuestada para la ejecución de la obra y el servicio que va a prestar”. Más adelante, ese mismo artículo manda que “[...] para cualquier modificación de los estatutos de la sociedad que se debe constituir, para su fusión y acuerdos que se refieran al capital, deberá obtenerse la autorización previa, expresa y escrita del Ministro de Energía y Minas”.

42 Decreto Ejecutivo No 969. Registro Oficial 210 de 23 de noviembre de 2000. Adicionalmente, en el denominado Contrato de Autorización para la Construcción del Oleoducto de Crudos Pesados, suscrito con el Estado ecuatoriano, la Cláusula 5.1. literal c) estableció que el capital pagado de esta compañía, “de conformidad con el Decreto Ejecutivo 969 debía ser y mantenerse en cincuenta y cinco millones de dólares.

Por tanto, satisfecha la exigencia del capital prevista en la Ley o en las resoluciones del órgano de control societario, y pagado el capital suscrito convenido en el contrato social —o, como en este caso, definida mediante el Decreto Ejecutivo 969 y convenida en un Contrato Administrativo suscrito por el Estado—, la pretendida *subcapitalización* no tiene cabida bajo el sistema legal ecuatoriano.

En síntesis, el planteamiento del Servicio de Rentas Internas parte de una presunción de mala fe según la cual, cuando un contribuyente se beneficia de un crédito otorgado por una parte relacionada, falta a la verdad, simula un contrato de mutuo cuando lo que está haciendo es *subcapitalizarse* y, para sustentar semejante teoría, la autoridad tributaria forja condiciones no previstas en el Art. 10 No. 2 de la Ley de Régimen Tributario Interno con el fin de desentenderse de la legalidad tributaria.

Para que ese argumento del SRI pueda ser aceptado por los jueces contencioso tributarios, se deberían reformar las normas del contrato de mutuo y de la fianza previstas en el Código Civil, el Art. 10 No. 2 de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno y todas las reglas del capital social de las sociedades mercantiles previstas en la Ley de Compañías, indicándose que los ingresos operativos que perciben dichas sociedades durante su giro integrarán el capital social de la empresa, en cuyo caso y solo bajo este presupuesto jurídico, el pago de intereses de un crédito recibido previamente comportaría “subcapitalización”.

Aunque el análisis precedente parte de la premisa de que ningún órgano del poder público puede entrar a juzgar los contenidos de fondo de una sentencia que pronunciaron los señores jueces Nacionales, debo destacar que ninguno de estos aspectos implícitos en la relación tributaria controvertida fueron analizados en el fallo de la Corte Constitucional que revocó la sentencia de casación. Tampoco aparecen en la resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura que se permitió sancionar con la pena de destitución a los jueces nacionales por un supuesto “error inexcusable” o “falta de motivación debida”.

El resultado de esta inaceptable interferencia en el trabajo de los jueces Nacionales: una de las partes procesales más recurrentes en la jurisdicción contencioso tributaria, el Servicio de Rentas Internas que sostiene más del 30% de causas contencioso tributarias en los tribunales distritales, promovió y alcanzó la separación de los jueces de la Corte Nacional de Justicia por haber dictado un fallo supuestamente “sin motivación debida”, incurriendo en “error inexcusable”. En realidad, la destitución ocurrió porque ellos aplicaron correctamente la ley tributaria y rechazaron las elucubraciones interesadas de una parte procesal.

2.1.1.3.2. Destitución de los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 3

El segundo caso de violación de la independencia de los jueces tiene relación con el expediente disciplinario A-1054-SNCD-013-MBM, que se inició contra los doctores Pablo Cordero Díaz, Sonia Quezada y Jorge Calle Beltrán. En este caso, el ente de derecho público afectado que presentó la queja en contra de los jueces fue un órgano de la Función Ejecutiva, el Ministerio de Relaciones Exteriores.

El Pleno del Consejo de la Judicatura resolvió que, en el trámite del proceso contencioso administrativo 0286-2010, los jueces sumariados incurrieron en “error inexcusable” porque, al ejecutar una sentencia pronunciada el 26 de marzo de 2012, supuestamente se habrían apartado de su contenido y desatendido el Art. 170 del Código Orgánico de las Finanzas Públicas que señala que los recursos de la Cuenta Única del Tesoro Nacional son inembargables. Afirmó que la sentencia no habría decidido que el Ministerio de Relaciones Exteriores pague ningún valor; sin embargo, el auto de ejecución que expidieron los jueces sancionados habría ordenado una medida de embargo contra la cuenta corriente que ese Ministerio tiene en el Banco de Fomento.

La parte interesada (Administración demandada) señalaba que la cuenta corriente que el Ministerio de Relaciones Exteriores mantenía en el Banco de Fomento supuestamente era una subcuenta de la Cuenta Única del Tesoro Nacional en virtud de lo previsto en el Acuerdo Ministerial 447 de enero de 2008 (R. O. 259, 24-I-2008).

Al igual que en el expediente disciplinario anterior, las afirmaciones del Consejo de la Judicatura se apartan de la verdad. Si se analiza el considerando duodécimo de la sentencia del 26 de marzo de 2012 se advierte que en ella se disponía, claramente, una obligación dineraria de pagar a favor del accionante de ese proceso y la reposición de unos gastos en los que indebidamente había incurrido el accionante. Por tanto, el auto de ejecución que dispuso el embargo de dinero para el cumplimiento de dicha obligación, en ningún momento reformó ni se apartó de lo decidido en sentencia.

Más aún, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia desestimó un recurso de casación en contra de un auto de ejecución pronunciado por el Tribunal Distrital de Cuenca, que ratificó la providencia de 21 de marzo de 2013.

Este hecho impedía al Consejo de la Judicatura volver sobre ese pronunciamiento sin interferir groseramente en lo que ya habían decidido los jueces.

Por otro lado y aunque ni al Consejo de la Judicatura ni a ninguna otra instancia que no sea la Sala Especializada de lo Administrativo de la Corte Nacional se le ha atribuido la facultad de evaluar lo decidido por un Tribunal Distrital, este autor prefiere ir más allá para establecer cómo el Consejo de la Judicatura carece de sustento jurídico para establecer supuestos errores inexcusables: se debe señalar, en primer lugar, que el auto de ejecución de sentencia no dispuso el embargo de recursos de la Cuenta Única del Tesoro Nacional, es decir, no infringió la prohibición del Art. 170 del Código Orgánico de las Finanzas Públicas como sostiene el Pleno del Consejo de la Judicatura. Dispuso el embargo de una cuenta corriente del Ministerio de Relaciones Exteriores en el Banco de Fomento, que no es la del Tesoro Nacional.

La Cuenta Única del Tesoro Nacional que consolida los recursos públicos es especial, distinta, que se mantiene en el Banco Central del Ecuador, por expresa previsión del Art. 299 de la Constitución de la República y que tiene otras subcuentas en ese Banco. El Acuerdo Ministerial 447 del Ministerio de Economía y Finanzas, de enero de 2008 no modifica la norma constitucional ni puede convertir la cuenta corriente del Banco de Fomento en una subcuenta de aquella que la Constitución y la ley califican de “Cuenta Única”, abierta en el Banco Central del Ecuador (otro banco) que mantiene tanto la cuenta única como las subcuentas. Más aún, la decisión que adoptaron los jueces distritales para ejecutar la sentencia también está respaldada en el mismo Acuerdo Ministerial que se utilizó en su contra para fundamentar la queja según lo previsto en el numeral que, con deficiente castellano, prevé lo siguiente:

4. NORMAS TÉCNICAS DE TESORERÍA.- [...] 4.4.1. En consecuencia, ninguna institución pública podrá aperturar [*sic.*] cuentas fuera del depositario oficial de los fondos públicos. Solo en los casos que por circunstancias geográficas y tecnológicas no sea factible mantener una cuenta en el depositario oficial, la unidad responsable del Tesoro Nacional autorizará la apertura en el Banco Nacional de Fomento⁴³.

Por tanto, las cuentas abiertas en el Banco de Fomento son distintas del depositario oficial de recursos públicos y su apertura es excepcional cuando “no sea factible mantener una cuenta en el depositario oficial”. El Acuerdo Ministerial 447 usado

43 Acuerdo Ministerial 447 expedido por el Ministro de Economía y Finanzas que contiene las Normas del Sistema de Administración Financiera del Sector Público, Registro Oficial 259-S, 24-01-2008

para contradecir el auto de ejecución de los jueces sancionados no ofrece ningún fundamento de derecho para sostener que la cuenta corriente del Ministerio de Relaciones Exteriores en el Banco Nacional de Fomento sea una subcuenta de la que es Única del Tesoro Nacional, por mandato constitucional.

Debo subrayar que las actuaciones analizadas por el Consejo de la Judicatura fueron las siguientes: la sentencia expedida el 26 de marzo de 2012 por los doctores Hernán Monsalve Vintimilla, Alejandro Peralta y Pablo Cordero Díaz; el auto de ejecución de 21 de marzo de 2013 suscrito por los doctores Pablo Cordero Díaz, Sonia Quezada y Jorge Calle Beltrán y, el auto del 28 de mayo de 2013 suscrito por los doctores Natalia Larriva Calle, Javier Cordero y Pablo Cordero Díaz.

En todas esas providencias he podido constatar no solamente versación jurídica de los mencionados profesionales del derecho, sino la firmeza que se requiere de los jueces distritales para aplicar el principio de legalidad y hacer cumplir las sentencias que pronuncian.

Los expedientes disciplinarios que han sido comentados, el primero que terminó con la destitución de los jueces nacionales de la Sala de lo Contencioso Tributario y el segundo con la destitución de los tres jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en la ciudad de Cuenca, son dos botones demostrativos de la degeneración del control disciplinario, y de tres elementos comunes en estos procedimientos de sanción: en los dos casos los jueces aplicaron correctamente el principio de legalidad y sus fallos estaban sustentados en Derecho; en los dos casos sus decisiones afectaron los intereses de una entidad de derecho público; y, en los dos casos, la destitución se fundamentó en la causal establecida en el Art. 109 numeral 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, relacionada con el supuesto de “error inexcusable”.

El autor de este análisis, abogado en libre ejercicio y profesor universitario, encuentra que las sanciones impuestas comportaron un grave quebrantamiento de la independencia de la justicia y una inaceptable afectación a la imagen y buen nombre de estos profesionales del Derecho que asumieron con honradez sus tareas jurisdiccionales y que, por decidir con sujeción a su conciencia y al principio de legalidad, enfrentaron las consecuencias sancionadoras de un sistema de justicia que paulatinamente ha venido abrazando valores que se avienen mejor con la corrupción y un estatismo sin control. Estos ejemplos muestran cómo una ley mal concebida, como son los Arts. 108 y 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, se convierte en una herramienta de persecución de jueces contencioso administrativos y contencioso

tributarios, sin desconocer que idéntico problema se ha venido extendiendo sobre decisiones adoptadas por los jueces, en todas las materias que corresponden al ejercicio jurisdiccional: penal, civil, Niñez y Adolescencia y Trabajo, en los que se evidencia, por parte del Consejo de la Judicatura una tergiversación inaceptable de ese control.

Los dos episodios persecutorios analizados anteriormente han venido influyendo y condicionando los contenidos de las sentencias contencioso administrativas y contencioso tributarias impidiendo que estas jurisdicciones alcancen la independencia que proclama la Constitución. Estos casos corroboran las conclusiones del Informe del Dr. Luis Pásara sobre el papel lamentable que en esta materia tiene el Consejo de la Judicatura:

Es particularmente en el terreno de la actuación del Consejo de la Judicatura donde se ha constatado tanto la interferencia en el ámbito de los juzgadores, que compromete su imparcialidad, como la sanción de las manifestaciones de discrepancia con tal interferencia provenientes desde el interior de la propia Función Judicial. En ese sentido, el Consejo se ha constituido en el lugar neurálgico donde se viabiliza la conexión impositiva entre el gobierno y los jueces, valiéndose para ello de la competencia disciplinaria a su cargo⁴⁴.

¿Cómo enfrentar este problema que tan seriamente menoscaba la independencia de los jueces contencioso administrativos, convirtiendo a la justicia en una opereta con guiones y desenlaces escritos anticipadamente? Por ventura, no estamos frente a un problema insoluble. La aplicación de al menos dos medidas ayudarán a revertir de manera inmediata, la falta de independencia que atenaza el trabajo de los jueces: la primera, en el plano estrictamente jurídico legislativo, impone una reforma urgente que elimine el numeral 8 del Art. 108 y el numeral 7 del Artículo 109 del Código Orgánico de la Función Judicial, a fin de que los expedientes disciplinarios no sean utilizados como un pretexto para que los empleados de las Direcciones Provinciales o los miembros que integran el Pleno del Consejo de la Judicatura revisen decisiones jurisdiccionales o persigan jueces, partiendo de apreciaciones subjetivas respecto de la fundamentación de la sentencia, de la substanciación de un proceso o de ese vaporoso argumento de violaciones de “derechos y garantías constitucionales”.

Mientras llega la reforma legal podría también adoptarse una segunda medida, esta última en el plano de la honradez con la que debe entenderse el control disciplinario:

44 Luis PÁSARA. *Op. cit.*, p. 96.

los Directores Provinciales y el Pleno del Consejo de la Judicatura deberían aplicar la norma del Art. 168 No. 1 de la Constitución que proclama la independencia de la función judicial y abstenerse de iniciar expedientes disciplinarios invocando como hace reiteradamente, las causales de los Arts. 108 No. 8 y 109 No. 7.

Para concluir con este análisis es necesario insistir que toda tergiversación de la potestad disciplinaria que ha afectado a los jueces distritales ha comportado violación de obligaciones internacionales asumidas por el Estado ecuatoriano bajo la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Art. 8), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 2, 8 y 25) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Arts. 2 No. 2 y 3). Los funcionarios del Consejo de la Judicatura que se han dado en aplicar con ligereza las infracciones que establecen los Arts. 108 No. 8 y 109 No. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial deberán responder por los perjuicios que provocan a los jueces sancionados.

2.1.2. Un sistema de evaluación viciado de arbitrariedad

El sistema de evaluación de los jueces distritales de lo contencioso administrativo y de lo contencioso tributario que aplica el Consejo de la Judicatura, es otro de los obstáculos que impiden un desenvolvimiento apropiado de estas jurisdicciones especializadas y, junto con el control disciplinario, se ha constituido en el elemento que con mayor eficacia contribuye a la fractura de la independencia de la justicia.

Para el análisis de este tema, se vuelve necesario *(i)* describir las normas constitucionales y legales que tratan de la evaluación de jueces; *(ii)* examinar la inestabilidad normativa que curiosamente es propiciado por el Consejo de la Judicatura; y, *(iii)* comentar algunos criterios de evaluación aplicados por el órgano de administración y gobierno de la Función Judicial, para concluir que se trata de un sistema inconveniente y viciado de arbitrariedad.

2.1.2.1. Normas jurídicas aplicables a la evaluación de jueces

Bajo las normas de la Constitución que regía en Ecuador, se dictó, en marzo de 1998, la hoy derogada Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura⁴⁵ que estableció por primera vez un sistema de evaluación y seguimiento “de los despachos de causas y más actuaciones de los magistrados, jueces y personal administrativo”, a cargo de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura (Art. 17 literal d).

⁴⁵ Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura. Registro Oficial 279 de 19 de marzo de 1998. Derogada por el Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial 544-S de 9 de marzo de 2009.

A partir de estas experiencias iniciales, la Constitución de 2008 puso énfasis en esta tema a través de tres normas: la del Art. 170 inc. 2 que trata sobre la carrera judicial y prevé “la evaluación periódica” de los servidores judiciales; el Art. 181 numeral 3 que señala la atribución del Consejo de la Judicatura para dirigir los procesos de selección de jueces “así como su evaluación, ascensos y sanción” mediante procesos públicos y decisiones motivadas; y el Art. 187 que, en términos impropios, prevé que los servidores judiciales estarán “sometidos” a una evaluación individual y periódica de su rendimiento de acuerdo a parámetros técnicos que elabore el Consejo de la Judicatura “y con presencia de control social”.

Tres reglas constitucionales repetitivas, dos de ellas innecesarias, son el fundamento de las normas que trae el Código Orgánico de la Función Judicial en el Título II (Carreras de la Función Judicial), Capítulo V, (Evaluación de Servidores de la Función Judicial) y que están desarrolladas así: el Art. 87 trata sobre la evaluación periódica y el control social; el Art. 88 se refiere a tres formas de evaluación, una periódica, otra por muestreo y la referida a un servidor judicial específico, cuando se han presentado denuncias reiteradas en su contra; y el Art. 89 que atribuye a la Comisión de Administración de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura elaborar los parámetros técnicos de métodos y procedimientos evaluatorios. Una síntesis de las normas constitucionales y legales mencionadas permitiría subrayar que los jueces distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario son sujetos de un régimen de evaluación de desempeño, que dicha evaluación debe ser pública, periódica y sometida a reglas de control social.

Al respecto puedo señalar que ninguno de los procesos de evaluación que el Consejo de la Judicatura ha realizado sobre los jueces distritales de lo Contencioso Administrativo o de lo Contencioso Tributario han sido públicos como manda la Constitución ni han observado procedimiento alguno de “control social” como prevé el Código Orgánico de la Función Judicial. Por tanto, cualquier resultado de ellos habría sido producto de una desafiante violación de los Arts. 180 y 187 de la Constitución y de las normas del mencionado Código Orgánico.

2.1.2.2. Inestabilidad normativa

En la práctica, la evaluación de jueces ha estado sujeta a reglamentaciones *ad hoc* que impiden a los evaluados tener un mínimo de certeza, de seguridad sobre métodos, procedimientos y criterios de evaluación de su desempeño. Esta situación es doblemente inconveniente porque disminuye la credibilidad en los procedimientos

evaluadorios y porque el resultado de regímenes de calificación improvisados y cambiantes degradan la imagen y el prestigio profesional de los jueces lo que a su vez, redundará negativamente en la imagen y prestigio de la Función Judicial a la que ellos pertenecen.

Por tanto, si se trata de aplicar un régimen de evaluación “público” y con “presencia de control social” lo primero que debe evitar el Consejo de la Judicatura es la improvisación porque no está trabajando con globos de ensayo. Su deber es trabajar con seriedad y alcanzar la máxima estabilidad de los criterios de evaluación. Lamentablemente la realidad viene confirmando lo contrario. La inestabilidad normativa que lesiona el derecho a la seguridad jurídica que proclama el Art. 82 de la Constitución de la República, se hace visible con un simple recuento de las reglas que se han dictado en esta materia:

En 2003, se dictó una resolución que contenía el Reglamento de Evaluación de Servidores Judiciales que tuvo más de cinco años de vigencia (R. O. 67 de 23 de abril de 2003). Inexplicablemente, en 2008, se deroga este reglamento, que podía funcionar adecuadamente y se lo sustituye por otro, el denominado Reglamento de Evaluación de la Función Judicial contenido en la Resolución No. 1 del Consejo de la Judicatura, publicado en el R. O. 427 de 17 de septiembre de 2008, que rigió aproximadamente tres años.

En 2011, se inicia la inestabilidad normativa: el Consejo de la Judicatura de Transición empezó una mala práctica de expedición de reglamentos *ad hoc* sobre la materia: el primero contenido en la Resolución No. 115 publicado en el R. O. 575-S de 14 de noviembre de 2011, con una norma inconstitucional que disponía “absoluta reserva sobre el contenido de los informes” del proceso de evaluación (Disposición General Cuarta), con lo cual, los procedimientos públicos y el pretendido “control social” previstos constitucionalmente quedaban pulverizados por una simple disposición reglamentaria, un vicio jurídico muy frecuente en el Ecuador. El reglamento inconstitucional comentado fue, en menos de tres años de vigencia, sustituido por un nuevo Reglamento de Evaluación de Rendimiento para los Jueces a Nivel Nacional, contenido en la Resolución 89 publicada en el R. O. 274 de 24 de junio de 2014. Este último ha tenido un ámbito de aplicación cada vez más acotado por otras reglamentaciones *ad hoc*, como es el caso de un Reglamento de Evaluación para Jueces de la Corte Nacional de Justicia, contenido en la Resolución 268 publicada en el R. O. 367-III-S de 4 de noviembre de 2014; y otro Reglamento de Evaluación de Conjuetas y Conjuetas de la Corte Nacional de Justicia, contenido en la Resolución 4 publicada en el R. O. 425-S de 27 de enero de 2015.

El desorden normativo no terminó con el Reglamento de junio de 2014, pues a los seis meses de su expedición el Consejo promulgó el Reglamento de Evaluación de Desempeño para las Jueces de la Carrera Jurisdiccional, contenido en la Resolución No. 5 publicada en el R. O. 425-S, 27 de enero de 2015.

Este Reglamento ha sido reformado en dos ocasiones, la primera a menos de tres meses de haber sido expedido, mediante Resolución 026-2015 publicada en el R. O. 462-S-III de 19 de marzo de 2015; y la segunda reforma a los cinco meses de la expedición, mediante Resolución No. 89 publicada en el R. O. 509 de 27 de mayo de 2015. En noviembre de 2015, mediante Resolución No. 447 publicada en el R. O. 399 de 23 de noviembre de 2015, se dictó un nuevo *Reglamento de Evaluación de Desempeño para los Jueces de la Carrera Jurisdiccional*, con nuevas normas y desde luego, con metodologías de evaluación distintas. Posteriormente, en menos de un mes se introdujo otra reforma mediante Resolución 378 publicada en el R. O. 653 de 21 de diciembre de 2015.

Esto significa que, en el año 2015, se dictaron normas sobre evaluación de jueces cada tres meses, dos Reglamentos, uno en enero y otro en noviembre de 2015; al primero se incorporaron dos trascendentes reformas en marzo (que modificó diez artículos y las metodologías de evaluación) y otra en mayo (que modificó tres artículos y nuevamente sustituye los anexos que establecen los métodos evaluatorios); y un segundo Reglamento en el mes de noviembre con nuevos anexos que contienen metodologías de evaluación de desempeño diferentes.

A este injustificado desorden normativo de reglamentos expedidos o reformados cada tres meses se añade la gravísima situación jurídica de que los Reglamentos sustituidos, el de junio de 2014 y el de enero de 2015 no han sido derogados, por tanto, siguen formalmente vigentes.

2.1.2.3. Los parámetros de evaluación de jueces distritales aplicados por el Consejo de la Judicatura

El sistema de evaluación que aplica el Consejo de la Judicatura no contribuye a mejorar el trabajo de los jueces distritales e incide negativamente en el desempeño de los evaluados, porque cada tres meses se modifican los criterios que se aplican para medir ese desempeño y porque los criterios de evaluación privilegian la denominada “productividad” de los jueces en detrimento de la calidad de la justicia, esto es, de la recta aplicación de la legalidad para solucionar las controversias que los particulares plantean contra el Estado.

Según se desprende del Art. 10 de la Resolución 347 de noviembre de 2015, la periodicidad de la evaluación es anual y este es otro factor contraproducente en términos de la estabilidad que requiere un órgano jurisdiccional para trabajar con independencia. Una evaluación que distrae a los jueces de su trabajo cada doce meses, crea en ellos una angustiada preocupación que, en la práctica, los mantiene subordinados a la autoridad administrativa del evaluador.

En mi opinión, se puede respetar la periodicidad que establece la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial evaluando cada tres o cada cuatro años, pero no, todos los años, de manera que un proceso de depuración de los órganos jurisdiccionales se haga en períodos no menores a ocho o diez años. Solo así, esto es, con un trabajo proyectado a mediano y largo plazo es como se podrá construir una sólida institucionalidad de la Función Judicial a través de instituciones y métodos de evaluación y de control disciplinario permanentes a lo largo del tiempo, en lugar de ese cortoplacismo persecutorio, que pretende enseñorear empleados administrativos sobre la autoridad jurisdiccional que corresponde a los jueces distritales. Por otro lado, se aplica un método de evaluación que ha sobredimensionado el aspecto cuantitativo de “productividad” judicial, al que se asigna un 75% de la calificación, mientras que a los aspectos cualitativos relacionados con la calidad de la actuación judicial se asigna el 25% de la calificación. En otras palabras, el acierto jurídico en la solución de la controversia administrativa o administrativo tributaria es tres veces menos importante que el número de decisiones que se dictan.

A través de la información que me ha sido proporcionada por varios jueces del Tribunal Distrital del Contencioso Administrativo No. 1, conozco que se ha llegado al extremo de establecer que cada juez debería producir un mínimo de veinte y siete resoluciones, entre sentencias y autos que pongan fin a los procesos, en las que un auto que declara el abandono de un proceso es igual que una sentencia que dirime un conflicto, sin considerar la complejidad de las materias que se discuten y tergiversando la tarea intelectual de los juzgadores como si se tratase de una empresa ensambladora de vehículos o una embotelladora de bebidas gaseosas; y que para la evaluación cualitativa, los jueces deben escoger tres o cuatro decisiones dictadas por ellos mismos para que sean evaluadas sin que se sepa si el evaluador tiene mejor preparación que el juez distrital evaluado.

Estos parámetros son inconvenientes para la administración de justicia porque privilegian el número de causas despachadas con una calificación tres veces superior respecto de la calidad de la decisión jurisdiccional, porque impelen a los jueces a

orientar su preocupación hacia la expedición de un mayor número de providencias, autos definitivos y sentencias, y a asignar menor importancia a su contenido, a la calidad del control de legalidad que ejercen, teniendo presente que la contradicción jurídica en un juicio contencioso administrativo y contencioso tributario es altamente compleja, diferente de una controversia de carácter laboral donde se discute si existe o no relación de dependencia, o de carácter civil, en la que el objeto controvertido podría reducirse a establecer si hay o no obligación dineraria basada en facturas o títulos ejecutivos.

Si el Código Orgánico de la Función Judicial señala que la evaluación se referirá a la “productividad”, los métodos de evaluación bien podrían asignar a la evaluación cuantitativa una calificación que en ningún caso debería superar el 33%, con lo cual se atiende la exigencia de la ley sin menoscabar la calidad de la justicia; y, en ningún caso se debería considerar como equivalentes un auto que declara el abandono de la causa y una sentencia que resuelve el fondo de la controversia.

Por otro lado, es de subrayar la insuficiencia del Anexo 3 de la Resolución 347 que fija la evaluación cuantitativa del 75% de puntaje parcial y señala que la calificación se asignará “conforme a una escala proporcional” que no se indica en qué consiste en ninguna de las normas de dicha Resolución ni en el mencionado Anexo 3. El Consejo de la Judicatura estaría incurriendo en arbitrariedad, aplicando criterios de evaluación cuantitativa (equivalentes al 75% de la calificación) que no son públicos, y que se fijan de manera informal porque no están definidos completamente, ni en la letra de la Resolución 347 ni en ninguna otra resolución publicada en el Registro Oficial, como debería ser para que los jueces evaluados conozcan con precisión cómo va a ser calificada su producción cuantitativa.

Para analizar este tema, me he visto obligado a preguntar a jueces contencioso administrativo y contencioso tributarios de Quito y Portoviejo, y de ellos he obtenido información de que en los parámetros cuantitativos se están calificando no solamente sentencias sino autos definitivos que ponen fin a los procesos y en lo que al Tribunal Distrital No. 1 de lo Contencioso Administrativo se refiere, se estaría exigiendo un mínimo de veinte y siete resoluciones mensuales —entre sentencias y autos definitivos—.

Este parámetro es otra equivocación del Consejo de la Judicatura puesto que algunos jueces inescrupulosos —como el sentido común aconsejaría suponer si se tendría un mínimo de entendimiento de lo que es la jurisdicción contenciosa— han tomado el

atajo de declarar causas abandonadas, o escoger casos tipo que se repiten con un mismo accionante y sobre un mismo punto de derecho para dictar sentencias en serie, hechos que les lleva a desatender su obligación constitucional y legal de administrar justicia, pero que los convierte en “empleados productivos” para los criterios de calificación que con tan desafortunada negligencia aplica el Consejo de la Judicatura.

Las estadísticas de las causas resueltas en el año 2015 confirman esta situación lamentable que ha provocado el Consejo de la Judicatura: de 3169 causas resueltas en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en Quito, 2246 corresponden a declaratorias de abandono de procesos, con lo cual la denegación de justicia vino a ser una práctica diaria durante el año 2015 en no menos del 70% de juicios supuestamente “resueltos”, pero que en realidad fueron archivados.

Por otro lado, el Consejo de la Judicatura desconoce el tiempo que emplean los jueces en calificar demandas y en disponer la apertura de períodos probatorios, en despachar pruebas. Llama la atención que en la evaluación cuantitativa estos parámetros ni siquiera sean considerados; tampoco se toman en cuenta las peticiones incidentales que ingresan todos los días en los tribunales distritales y que también ocupan el trabajo de los jueces, mostrando una vez más que quienes dictan normas de evaluación mediante resoluciones ilegales no tienen conocimiento suficiente de cómo funcionan los tribunales distritales. ¿Con qué criterio técnico el Consejo de la Judicatura no ha incorporado en sus parámetros evaluatorios estos otros aspectos de la “producción” de los jueces, que se refieren al desenvolvimiento de los procesos y que también comportan productividad?

Con relación al criterio cualitativo, esto es, sobre la calidad de las decisiones jurisdiccionales a la que se asigna solamente un 25% de la evaluación, la situación no es menos lamentable. En este punto se analizan aspectos de argumentación jurídica y motivación, la aplicación de principios constitucionales, la aplicación de precedentes obligatorios, etc., pero a cargo de personas cuya preparación jurídica en estas materias se desconoce; por otro lado, resulta llamativo que este parámetro tenga un puntaje de solamente del 25% cuando es el más importante, pues se refiere a la solución en derecho que el juez contencioso administrativo y tributario debe dar a controversias complejas. En la evaluación cualitativa no se considera, como debería hacerse, los fallos que las Salas Especializadas de la Corte Nacional de Justicia dictan sobre sentencias impugnadas vía casación, que a mi modo de entender es el método que debería adoptarse para evaluar la argumentación jurídica, la aplicación de principios constitucionales y de precedentes obligatorios en la solución del caso con-

creto, por lo que todo criterio de evaluación debería responder estas preguntas: ¿El fallo de casación de la Sala Especializada desestima o no lo resuelto por el Señores Jueces Distritales evaluados? ¿Cuántas sentencias del juez distrital han sido casadas por la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia? Al contrario, la resolución del Consejo de la Judicatura se preocupa de que haya evaluadores que califiquen el esfuerzo cualitativo de los jueces, sin que se conozca si tales evaluadores examinan el contenido de los procesos y de la prueba practicada o si tienen preparación especializada en materia tributaria o administrativa para calificar la construcción jurídica de una sentencia en estas materias.

Es necesario que la evaluación de las sentencias que pronuncian los jueces distritales se haga sobre la base de los pronunciamientos que las Salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia haga respecto de esos fallos impugnados vía casación.

En síntesis, el sistema de evaluación que aplica el Consejo de la Judicatura mediante reglamentaciones o reformas *ad hoc* expedidas para cada concurso, con elementos de calificación que no constan publicados en el Registro Oficial, con resultados de evaluación que no son públicos como manda la Constitución y que somete a los jueces distritales a procesos de calificación cada doce meses, está menoscabando la calidad de las decisiones jurisdiccionales del contencioso administrativo y del contencioso tributario y afectando ostensiblemente la independencia de dichos jueces, sujetándolos cada vez más a la autoridad administrativa del Consejo de la Judicatura y, cada vez menos, a los mandatos del Derecho que deben aplicar.

Por tanto, este sistema de evaluación anual y el régimen disciplinario analizados, tal como los ha venido deformando el Consejo de la Judicatura, son los dos elementos que obstruyen una recta administración de justicia y que han venido erosionando la institucionalidad del Ecuador.

2.2. Disfuncionalidades que afectan el derecho constitucional de las partes procesales

Las disfuncionalidades del contencioso administrativo también afectan al derecho constitucional de las partes, privándoles de una tutela efectiva de sus derechos en unos casos, en otros violentando la igualdad procesal, las garantías del debido proceso y el derecho de defensa de los administrados. A continuación se analizarán algunas causas que provocan estas disfuncionalidades como son (i) el dogma de la ejecutividad de los actos administrativos; (ii) la desigualdad procesal —parcialmen-

te corregida por el nuevo COGEP, pero no en su integridad—; y, (iii) la ineficacia de la sentencia contencioso administrativa.

2.2.1. El dogma de la ejecutividad de los actos administrativos

Los principios de ejecutividad y de ejecutoriedad de los actos y resoluciones administrativas consagrados en distintos ordenamientos legales vienen de la tradición europea continental, a partir de la jurisprudencia que desde 1875 ha venido sentando el Consejo de Estado en Francia y de leyes que rigieron en España fijando los institutos del contencioso administrativo: la Ley Santamaría de Paredes de 1885 y la Ley Jurisdiccional de lo Contencioso Administrativo, de 1956.

El contencioso ecuatoriano, que se ha venido alimentando de esta tradición jurídica, permanece atrapado en el dogma de estas instituciones heredadas no obstante que la protección de los derechos humanos ha venido imponiendo a nuestro sistema jurídico un constante replanteamiento de tales principios. Por ello, uno de los más graves atolladeros que deberá despejar el contencioso ecuatoriano es el de la superación del principio de ejecutividad de los actos administrativos que actualmente impide la suspensión de aquellos que han sido impugnados en sede jurisdiccional, y que, en un sinnúmero de casos, menoscaba el derecho constitucional a recibir una tutela judicial efectiva.

Junto a la presunción de legitimidad del acto administrativo, esto es, de que una vez dictados se deben tener por válidos, se ha erigido también el principio de ejecutividad en virtud del cual, las decisiones de la Administración son de obligatorio cumplimiento y están llamadas a surtir efectos, aun contra la voluntad del administrado. Fernando Garrido Falla señala que, después de dictado el acto administrativo, su eficacia se despliega en dos planos: *a)* en la ejecutividad de los actos; y *b)* en la acción de oficio o posibilidad de su ejecución forzosa por parte de la Administración Pública⁴⁶. El autor español destaca que, en la ejecutividad, se expresa la prerrogativa de la Administración porque ella cuenta con los poderes necesarios para realizar por sí misma la *autotutela* de sus declaraciones de voluntad y para el propósito, primero declara ese derecho y después procede a ejecutarlo por sus propios medios⁴⁷.

46 Fernando GARRIDO FALLA, Alberto PALOMAR OLMEDA y Herminio LOSADA GONZÁLEZ. *Tratado de Derecho Administrativo*, 15ª. Ed., Volumen I, Parte General. Madrid: Ed. Tecnos, 2010, p. 716.

47 *Ibid.* p. 716.

En la doctrina argentina, Juan Carlos Cassagne emplea la denominación de principio de “ejecutoriedad” como un atributo consustancial de los órganos administrativos del Estado “para disponer la realización o cumplimiento del acto, sin intervención judicial”, dentro de los límites establecidos por el orden jurídico⁴⁸. El letrado del Consejo de Estado José Antonio García-Trevijano explica la diferencia de estos vocablos e indica que la ejecutoriedad es la posibilidad de actuar de la autoridad pública, aún contra la voluntad de los ciudadanos, sin necesidad de una previa declaratoria judicial, mientras que la ejecutividad “es predicable de cualquier acto, de gravamen o no, y significa eficacia en general”⁴⁹.

Mientras Garrido Falla y varios autores españoles ponen énfasis en el denominado principio de *ejecutividad*, otros utilizan la denominación de *acción de oficio* empleada por la doctrina francesa, apartándose de aquellos que emplean la expresión *ejecutoriedad*. Sin embargo, unos y otros definen tales principios en la forma como fueron concebidos por el Consejo de Estado francés, como un privilegio de la Administración Pública para hacer efectivas sus decisiones, aún contra la voluntad de los administrados y sin la intervención del juez.

Independientemente de esta disquisición terminológica surgida entre los tratadistas del Derecho Administrativo, desde hace varias décadas, nuevas exigencias del Estado de Derecho imponen una mayor flexibilidad al momento de aplicar dichos principios cuando no una reformulación de sus contenidos, vistos el notable impulso del instituto de los derechos humanos y la incompatibilidad que para la libertad supone un ejercicio administrativo sobrecargado de presunciones a su favor, de privilegios compulsivos y potestades ablatorias que antes que asegurar finalidades de bienestar general, han tendido a favorecer el abuso y otras concupiscencias inenarrables en el funcionamiento del aparato público.

Con relación a estos principios, vale mencionar que estos no han permanecido congelados en el tiempo desde que el Consejo de Estado en Francia los elaboró en las últimas décadas del siglo XIX. Por unanimidad de la doctrina, hoy se ha preferido situar a la ejecutividad de los actos administrativos en su justa dimensión y se ha relativizado la ejecutoriedad a tal punto que administrativistas contemporáneos encuentran una insalvable contradicción entre el derecho a una tutela judicial efectiva

48 Juan Carlos CASSAGNE. *Derecho administrativo*, Tomo II, 8ª. ed. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2006, pp. 323 y 324.

49 José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS. *Los actos administrativos*, 2ª. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1991, p. 106.

de los administrados y la necesidad de ejecución del acto administrativo⁵⁰.

En el Capítulo 4, se analizan los problemas que derivan de la aplicación del artificioso principio de ejecutividad de los actos y, en el Capítulo 6, se hace una explicación de cómo debería operar la tutela cautelar en el contencioso administrativo. El catedrático de la Universidad de la Coruña Jaime Rodríguez-Arana, en una brillante conferencia dictada en la ciudad de Buenos Aires en el 2009, planteó este problema. Desde hace varios años, ha venido abogando en distintos foros de América Latina y España, por la suspensión de los efectos de los actos administrativos que se impugnan en sede judicial y por el establecimiento de un régimen de medidas cautelares⁵¹.

En contravía con estas posiciones de la doctrina y la legislación comparada, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa expedida en Ecuador en 1968 y que rigió hasta mayo de 2016, mantuvo el rigor de que los actos administrativos serán ejecutivos y que sus efectos no se suspenderán aun cuando dichos actos sean impugnados en vía judicial (Art. 76). Aunque el Código Orgánico General de Procesos haya previsto la suspensión de los efectos del acto impugnado (Art. 330), el carácter excepcional que se le asigna a esta medida y la ausencia de previsión de otras cautelas, permiten concluir que las nuevas normas mantienen la premisa de la ejecutividad.

Las referidas normas comportan en mi opinión rezagos legislativos, originados en una disposición similar de la Ley Contencioso Administrativa expedida en España en 1956 bajo la dictadura franquista, pero que no se ha compadecido con el régimen jurídico de nuestro país desde que, en 1998, la Constitución Política introdujo por primera vez en nuestro Estado de Derecho, el principio de tutela judicial efectiva.

50 Entre otros autores cuya referencia resultaría interminable, mencionamos a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y su *La batalla por las medidas cautelares* (3ª ed. Madrid: Ed. Civitas, 2004). En esta obra, el autor español reúne diecinueve ensayos que analizan bajo la perspectiva del Derecho Comunitario Europeo y el Proceso Contencioso-Administrativo Español, la suspensión de los efectos de los actos administrativos y la necesidad imperiosa de adoptar un régimen de medidas cautelares para el efecto. Tomás RAMÓN FENÁNDEZ, en su libro titulado *De la arbitrariedad de la administración* (2ª. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1997), plantea una refundación del Derecho Administrativo sobre la base de los principios constitucionales en la que ya no tienen cabida los viejos principios en los que se han apoyado los privilegios de la Administración. Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MÉNDEZ REXACH *et. al.*, en la obra *Acto y procedimiento administrativo* (Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001), analizan la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que rige en España desde 1992; insisten en la prohibición a la Administración de realizar actuaciones materiales limitativas de derechos sin declaración previa que lo justifique (p. 250) y desarrollan un amplio régimen de excepciones al principio de ejecutividad (p. 252-258 inclusive). En la doctrina argentina, Juan Carlos CASSAGNE, en su obra *Derecho administrativo (Op. cit.)*, manifiesta que las medidas de coacción sobre personas y bienes corresponde a la función judicial y que una excepción a ese principio exigiría dotar a la Administración Pública de potestades coactivas para cumplir las funciones que le son asignadas (p.331).

51 Jaime RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ. "Ejecutividad y tutela judicial efectiva", en la obra colectiva titulada *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes de Derecho Administrativo*. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: Ed. RAP, 2009, pp. 849-868.

El sistema contencioso del Ecuador aún no ha logrado asumir que la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo no son reglas de carácter absoluto. Un sinnúmero de excepciones que han ido ganando espacio en el ámbito del derecho público ecuatoriano, han previsto la cesación de efectos de los actos administrativos como principio general; sin embargo, la Ley de lo Contencioso ha quedado inmovilizada en el dogma arcaico de una ejecutividad sin límites.

Constituyen ejemplos de la superación de este principio la parte final del Art. 68, el Art. 125 No. 2, el 161 y el 189 numeral 2 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), normas que prevén la cesación de efectos de los actos administrativos para precautelar la libertad de los administrados, sin afectar el normal funcionamiento de la Administración Pública.

Por otro lado, un sinnúmero de leyes disponen que la eficacia del acto administrativo quede suspendida a partir del momento en que el administrado ha planteado una impugnación, sea esta en vía administrativa o en vía jurisdiccional: el Art. 88 de la Constitución Política de 1998 estableció la suspensión inmediata de aquellas actuaciones administrativas que eran materia de un amparo constitucional; el Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, los Arts. 147 y 249 del Código Tributario dictado en 1975, el Art. 19 de la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito, el Art. 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado y el Art. 357 de la Ley de Propiedad Intelectual son algunos ejemplos que muestran una línea de evolución del Derecho Público ecuatoriano desfavorable al dogma de la ejecutividad de los actos y, la falta de sintonía con este progreso que se hace visible en la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el nuevo COGEP.

En un proceso ascendente a lo largo del tiempo, las normas mencionadas revelan la obsolescencia en que había caído desde 1998 el Art. 76 de la LJCA que previó que la interposición de la demanda contenciosa no suspende los efectos del acto impugnado. Tales normas dejaron en evidencia también que los más avanzados institutos del derecho público ecuatoriano tienden a relativizar la eficacia inmediata del acto administrativo y a contemplar cada vez más excepciones al principio de ejecutividad. El Art. 330 del COGEP, sin desconocer la relatividad del principio de ejecutividad, tampoco parece inscrito en la línea evolutiva del Derecho Público que se ha hecho referencia.

2.2.2. La desigualdad procesal

Otra disfuncionalidad que registra el desenvolvimiento de la jurisdicción contencioso administrativa es la desigualdad procesal que aventaja a las Administraciones Públicas en desmedro de los sujetos de derecho privado, que accionan contra ellas. La igualdad que consagra la Constitución (Art. 11) es una regla categórica que prohíbe cualquier forma de discriminación, en todos los ámbitos en el que se desenvuelven las personas, sin excluir los relativos a la tramitación de los procesos en los que se determinan sus derechos y obligaciones.

Por ello, la Teoría General del Proceso ha establecido un principio fundante, que debe ser observado por todos los jueces, cortes y tribunales que administran justicia: la igualdad procesal exige que las partes que intervienen en una controversia judicial sean tratados de forma igualitaria por la ley adjetiva y por las providencias que dictan los juzgadores, de modo que actor y demandado tengan las mismas oportunidades de defensa, sin que ninguno se encuentre en situación de inferioridad respecto de su contraparte.

Al respecto, el uruguayo Eduardo Couture, uno de los tratadistas del Derecho Procesal más influyentes en nuestro continente señala que “[...] la ley procesal primero y el juez luego, deben propender a que actor y demandado actúen en el proceso en un plano de igualdad”⁵²; en idéntico sentido, para el procesalista italiano Ugo Rocco, la igualdad procesal exige que las partes que intervienen en un juicio cuenten con idénticas herramientas para su defensa y subraya lo siguiente:

Según este principio, las partes, al ejercer el derecho de acción y el correlativo de contradicción en juicio, tienen que hallarse en una condición de perfecta paridad e igualdad, de modo que las normas que regulan su actividad no puedan constituir, respecto a una de las partes en juicio, con perjuicio de la otra, una situación de ventaja o de privilegio. Este principio es una aplicación de aquel concepto más general en virtud del cual la ley es igual para todos, y en virtud del cual en el ejercicio de la función jurisdiccional, y en la lucha que viene a desplegarse entre las partes ante el juez, estas deben ser tratadas con un régimen de igualdad y paridad⁵³.

52 Eduardo COUTURE. *Estudios, ensayos y lecciones de Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 19.

53 Ugo ROCCO. *Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001, p. 322.

En la relación jurídico administrativa o jurídico tributaria, la igualdad procesal cobra especial relevancia cuando surge una controversia, dado que el sistema jurídico administrativo se ha establecido sobre la base de un premisa, cada vez más discutible, de sujetos desiguales. El Estado, cualquier ente de derecho público o las administraciones tributarias están investidos de potestades de *imperium* y resguardados con privilegios que les reconoce el orden jurídico para el cumplimiento de su finalidad pública. Como se define en otros acápites de estas reflexiones⁵⁴, la autotutela de la Administración, la presunción de legitimidad de los actos administrativos o el principio de ejecutividad de sus decisiones son las tres prerrogativas que se ha reservado el Estado en su relación con los sujetos de derecho privado y hacen que esa relación jurídica contenga reglas de subordinación caracterizadas por la desigualdad de las partes intervinientes. Por este motivo, las reglas del Derecho Administrativo o del Derecho Tributario son distintas de las del Derecho Privado.

Cuando surge una controversia judicial entre esas partes ¿Cómo conciliar la igualdad procesal con la preeminencia que el sistema legal reconoce a las Administraciones frente a sujetos de derecho privado que carecen de prerrogativas? ¿Es jurídicamente admisible que bajo las garantías del debido proceso que consagra la Constitución y principalmente el derecho de defensa (Art. 76 No. 7), que una parte procesal (el Estado o cualquier ente público) mantenga sus privilegios frente a otra parte procesal durante la tramitación de un juicio? Como principio, los privilegios que se reserva la Administración en una relación jurídica en sede administrativa no pueden trasladarse como tales privilegios al proceso contencioso administrativo.

Las construcciones del Derecho Administrativo para resguardar las prerrogativas de las Administraciones Públicas —el privilegio de autotutela, la presunción de legitimidad de los actos administrativos o el principio de ejecutividad— se aplican en sede administrativa, esto es, cuando todavía no ha surgido la controversia judicial; sin embargo, una vez que la Administración ha sido emplazada en juicio y convertida en parte procesal dentro de un juicio contencioso administrativo, no hay justificación jurídica para que conserve privilegios y, tanto Administración como administrados deben convergir dentro de juicio en un plano igualitario para su defensa. Corresponderá a los jueces distritales de lo contencioso administrativo y contencioso tributario hacer efectiva esta igualdad procesal porque ella es basamento del derecho de defensa y de que se respeten las garantías del debido proceso que proclama la Constitución.

⁵⁴ *Vid.* capítulo 3.1 de este libro que trata sobre la autotutela de la Administración Pública.

Estas consideraciones primarias y básicas no las ha tenido presente el legislador ecuatoriano que, en distintas épocas, ha venido creando privilegios a favor de las Administraciones Públicas, cuando intervienen como parte procesal, dentro de un proceso contencioso. Algunos privilegios han sido eliminados en el COGEP, pero otros se mantienen como analizamos a continuación:

2.2.2.1. Desigualdad procesal en la contestación de demandas

El término para contestar demandas que previó el Art. 34 de la LJCA fue de quince días y a él se sujetaban entidades públicas demandadas y sujetos de derecho privado que también son parte procesal en calidad de demandados, por tener interés en la conservación de actos administrativos impugnados. Esta situación ocurre con frecuencia, cuando dos sujetos de derecho privado contradicen respecto de un determinado derecho que deberá ser dirimido mediante una resolución administrativa (controversias relativas a propiedad industrial, reclamos de seguros, etc.).

Con la expedición de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado en abril de 2004 se reformó tácitamente el Art. 34 de la LJCA y se amplió dicho término a veinte días para la contestación de las demandas propuestas contra cualquier entidad del Estado, de manera que en la jurisdicción contencioso administrativa, cuando se presenta una demanda en la que concurren en calidad de demandados el Estado y un sujeto privado beneficiario del acto administrativo, el Estado tiene veinte días para contestarla mientras el sujeto de derecho privado, interesado en la conservación del acto administrativo impugnado, solamente quince. Esta duplicidad absurda se ha mantenido por varios años hasta el momento en que escribo este análisis.

El COGEP, con buen criterio, eliminó el privilegio y uniformó en veinte días el término para contestar demandas.

2.2.2.2. Desigualdad procesal para interponer recursos de casación

El término para interponer un recurso de casación es otro aspecto que en la sustanciación de procesos contencioso administrativos y contencioso tributarios rompe la igualdad procesal.

A partir de la Codificación a la Ley Casación, se estableció que las entidades públicas tendrán quince días para plantear un recurso de casación; sin embargo, el término para plantear dicho recurso por parte de cualquier persona de derecho privado es de solamente cinco días (Art. 5).

En otras palabras, para defenderse de una sentencia adversa y preparar su recurso de casación, el Estado ha contado con el triple del tiempo (quince días) del que dispone un sujeto de derecho privado (cinco días) ¿Por qué?

El nuevo COGEP, en el Art. 266 inciso tercero, ha eliminado esta discriminación procesal que aventajaba injustamente a una de las partes en los juicios contencioso administrativos y contencioso tributarios, y ha establecido que el recurso de casación deberá interponerse en diez días contados desde “la ejecutoria del auto o sentencia o del auto que niegue o acepte su ampliación o aclaración”.

2.2.2.3. Desigualdad procesal para suspender la eficacia de la sentencia impugnada vía casación

Al igual que el Art. 10 de la hoy derogada Ley de Casación, el Art. 274 del COGEP mantiene un privilegio que aventaja la situación procesal del Estado y de las administraciones tributarias y que, vista la demora en la tramitación de los recursos de casación, dicha desigualdad resulta doblemente lesiva para el derecho constitucional de la parte que acciona contra el Estado y para la credibilidad en las jurisdicciones contencioso administrativa y tributaria.

Con la expedición del fallo en un juicio contencioso, cualquier persona, natural o jurídica puede interponer un recurso de casación y solicitar que se suspenda la ejecución de la sentencia. Para el propósito, deberá rendir caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución de la sentencia pueda ocasionar a la respectiva contraparte procesal, ya sea el Estado o la administración tributaria (COGEP, Art. 271 inc.1).

Si la sentencia fuere adversa al Estado, este también podrá impugnarla mediante recurso de casación, en cuyo caso, la eficacia de la sentencia o auto recurridos se suspenderá automáticamente hasta que se resuelva la casación (COGEP, Art. 274), sin que le sea exigible al Estado o a la administración tributaria recurrente rendir la caución que la ley exige a sus contrapartes privadas.

¿Qué justificación jurídico filosófica lleva a la ley ecuatoriana a consagrar esta desigualdad procesal? ¿Acaso la demora en la ejecución de la sentencia puede perjudicar solamente al Estado y en ningún caso al sujeto de derecho privado que es parte procesal y ha debido esperar varios años hasta obtener una sentencia que reconozca su derecho?

En lo relacionado con los procesos contencioso tributarios y contencioso administrativos, este privilegio que favorece al Estado viola la igualdad procesal y el remedio pasa por una reforma legislativa que elimine esta dispensa: o bien el Estado, que plantea un recurso de casación, también debe rendir caución sobre perjuicios estimados que la demora en la ejecución del fallo pueda ocasionar, o bien el recurso de casación suspende automáticamente esa ejecución del fallo para todos: tanto para el Estado como para el sujeto derecho privado recurrentes, o bien el recurso de casación no suspende los efectos de la sentencia, en ningún caso, o bien el recurso de casación permite la suspensión del fallo impugnado siempre que la parte procesal —bien sea el Estado o bien sea un sujeto de derecho privado— rindan caución por igual.

Recordemos que cuando el Ecuador era todavía un país con instituciones, el Art. 16 de la Ley de Casación, reformado en agosto de 1995⁵⁵, establecía que cuando la administración tributaria interponía un recurso de casación contra sentencias que le eran perjudiciales, se obligaba a afianzar el interés de los contribuyentes mediante la emisión de una nota de crédito. Esta disposición fue eliminada y hoy en día la administración tributaria plantea recursos de casación beneficiándose de una suspensión automática de las sentencias que reconocen derechos a favor de los contribuyentes, que deberán esperar al menos dos años hasta que la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia dicte la correspondiente sentencia de casación.

2.2.2.4. Desigualdad procesal en las declaratorias de abandono

La institución del abandono, además de ser instrumento de denegación de justicia es también uno de los factores que ha contribuido a instituir la desigualdad procesal en el ámbito contencioso administrativo y a consolidar una posición de privilegios que la ley ha reservado a los entes de derecho público, en sede jurisdiccional.

Se debe subrayar que la LJCA de 1968 no estableció desigualdad alguna en esta materia. Las normas que regulaban el abandono (Arts. 58 y 59) fijaron con carácter general este efecto sin discriminar si el accionante del proceso era un sujeto de derecho privado o el Estado.

Por tanto, cumplidas las condiciones previstas legalmente (descuido del actor, paso del tiempo y petición de parte) los jueces distritales podían declarar el abandono de

⁵⁵ Ley 93 publicada en el Registro Oficial No. 764-S de 22 de agosto de 1995.

la causa, independientemente de que esa declaratoria afecte una demanda propuesta por un particular o por una entidad de derecho público.

Mientras rigió la LJCA de 1968, el hoy derogado Código de Procedimiento Civil previó que “el abandono no tendrá lugar cuando los actores sean las entidades del sector público”. Esta norma regía para los procesos civiles exclusivamente y no era aplicable a los juicios contencioso administrativos que se debían regir por las normas especiales de la LJCA, destacando que la supletoriedad de las reglas adjetivas civiles previstas a que se refería el Art. 77 de la LJCA ocurría solamente para los casos no previstos en la LJCA y sobre el instituto del abandono no estábamos frente a una ausencia de regulación.

Actualmente, el Art. 245 del COGEP señala que “cuando todas las partes que figuran en el proceso” cesan en la prosecución de una causa por ochenta días, el juzgador deberá declarar el abandono del proceso; sin embargo, el artículo siguiente señala que “no cabe el abandono” cuando el actor sea una institución del Estado (Art. 247 No. 2), de cuyo mandato se desprende que los juicios que proponen las Administraciones Públicas contra los particulares, podrían quedar sin promoverse por largos años sin que el hecho tenga ninguna consecuencia para el Estado que acciona mientras que los particulares accionados quedarían indefinidamente vinculados a un proceso abandonado. Sin duda, los Arts. 57 y 58 de la vieja LJCA de 1968 precautelaban mejor el principio de la igualdad procesal que el nuevo COGEP de 2015.

En esta materia, el COGEP comporta un lamentable retroceso que propicia la desigualdad procesal. Su propósito de unificar varias instituciones jurídicas y de extenderlas a todos los procesos normados por dicho Código Orgánico —incluidos los contencioso administrativos— muestra su inconsistencia con relación al instituto del abandono. En un Estado de Derecho, tienen idéntica trascendencia jurídica las pretensiones que plantean los particulares y las del Estado, de manera que el interés de la justicia para conocer y resolver sobre el fondo de una controversia, no debe discriminar a las pretensiones del Estado excluyéndolas de una declaratoria de abandono, privilegiándolas frente a las pretensiones jurídicas de los sujetos de derecho privado cuando estas son igualmente legítimas que aquellas.

En la opinión de quien formula estas reflexiones no hay fundamento para mantener leyes adjetivas que consagren la desigualdad procesal con el solo propósito de aventajar a los entes de derecho público. La igualdad procesal impone que accionantes de derecho privado o de derecho público tengan, al menos en el ámbito de lo contencioso administrativo, un idéntico tratamiento.

2.2.2.5. Desigualdad procesal con relación a la condena en costas

Al igual que la institución del abandono regulada en la *LJCA*, el legislador no introdujo una regla de desigualdad con relación a las costas procesales. El Art. 48 previó que los jueces podían aclarar una sentencia cuando hubieren “omitido decidir sobre costas”, y ni en esa ni en ninguna otra disposición de la ley se excluyó al Estado de una eventual condena en costas, como debe ser.

Por su parte, el derogado Código de Procedimiento Civil establecía que el Estado “nunca será condenado en costas”, con excepción del abogado o procurador de la entidad pública, cuando hubiere litigado de mala fe o con temeridad notoria. Aunque el Art. 284 del COGEP reproduzca el sentido que tuvo esa norma, lo hace en términos más categóricos. A partir de mayo de 2016 en que entró en vigencia el Código se convertirá a las costas del juicio en un nuevo método de sanción a los que plantean demandas contra el Estado, buscando alcanzar un efecto desmoralizador respecto de quienes pretenden activar la jurisdicción contencioso administrativa⁵⁶. Esta norma adjetiva merece varios comentarios:

El primero: si el contencioso administrativo prevé que el Estado pueda ser llamado a juicio y emplazado como parte procesal para discutir la legalidad de sus decisiones o sus actuaciones con relación a un contrato o para responder por sus actos u omisiones, no hay razón para privilegiarlo con la exención en el pago de costas como regla de general aplicación. Si para los jueces distritales de lo contencioso administrativo o tributario resulta evidente, en un proceso concreto, que el Estado sostuvo el trámite de un proceso, por varios años, con temeridad o mala fe, debería ser condenado al pago de las costas procesales.

Al igual que los particulares que son condenados en costas por proponer acciones contencioso administrativas de manera abusiva y temeraria, las Administraciones Públicas deberían recibir un idéntico tratamiento de la ley procesal cuando incurrir en actuaciones similares, porque la construcción de un Estado de Derecho impone que la igualdad procesal se apliquen sin matices que desvirtúen este principio.

⁵⁶ Código Orgánico General de Procesos (R. O. 506-S, 22-V-2015), “Art. 284.- Costas. La persona que litigue de forma abusiva, maliciosa, temeraria o con deslealtad será condenada a pagar al Estado y su contraparte, cuando haya lugar, los gastos en que haya incurrido. La o el juzgador deberá calificar esta forma de litigar y determinar su pago en todas las sentencias y autos interlocutorios que pongan fin al proceso. El Estado no será condenado en costas, pero en su lugar podrá ser condenado a pagarlas quien ejerza su defensa”.

En consecuencia, la utilización indebida del proceso contencioso administrativo o contencioso tributario merecen una sanción pecuniaria por parte del juez a través de la condena en costas, independientemente de que sea el Estado o un sujeto de derecho privado el que hubiere abusado del derecho o tergiversado la jurisdicción contenciosa, para perseguir fines distintos.

Lo que resulta inadmisibles es que solamente una de las partes procesales, los sujetos de derecho privado, sean pasibles de esta sanción, cuando pueden ocurrir casos — como de hecho sucede en la práctica —, en la que ciertos entes públicos o administraciones tributarias contradicen y sostienen procesos con temeridad y mala fe, retardando por varios años el reconocimiento del derecho de los particulares, y cuando se expide la sentencias que finalmente reconocen tal derecho, los entes públicos o las administraciones tributarias las impugnan vía casación, conociendo de antemano que el recurso extraordinario carece de sustento, pero suspende y retarda la ejecución del fallo favorable al sujeto de derecho privado.

En segundo lugar: resulta inaceptable la previsión de la ley de que sea el abogado patrocinador del ente público el que reciba la sanción de una condena en costas. Esta norma, que menoscabará la defensa del Estado, es una especie de subproducto que el sistema legal se ve en la necesidad de crear, para sostener la desigualdad procesal. El legislador ecuatoriano, en lugar de encarar el principio de igualdad procesal con todas sus consecuencias, crea excepciones para seguir privilegiando al Estado y pretende corregir sus efectos más perniciosos, inventando nuevas reglas, dirigidas ahora contra los abogados que defienden a las Administraciones Públicas, castigándolos en su peculio personal. Como profesional del derecho, me revelo contra esta norma que muestra la hipocresía con la que se redactan las leyes en el Ecuador, pues se conoce, y es una práctica extendida en el patrocinio de las Administraciones Públicas, la aplicación de un sistema informal e ilegal de responsabilidades administrativas sobre los abogados del Estado, que los hace responsables cuando estos no interponen todos los recursos judiciales que la ley ha establecido para impugnar decisiones adversas al Estado, aún cuando se prevea de antemano que el recurso procesal carece de fundamento jurídico y que el retardo en la ejecución de ese fallo comportará más costos e intereses que deberá satisfacer la Administración demandada.

Este absurdo de retardar la eficacia de la sentencia, hasta sus últimas instancias, ha sido instituida por sistemas de auditoría de la Contraloría General del Estado, que compele a los abogados de las instituciones públicas a impugnar todas las sentencias adversas al ente público, y por ello, es inaceptable que las costas procesales que debe

responder el Estado, por ser parte procesal, castigue el patrimonio, el derecho humano de propiedad del profesional que defiende al Estado bajo un infamante sistema de responsabilidades administrativas.

En este contexto degenerativo del patrocinio del Estado, en que una regla no escrita de la auditoría gubernamental impone —cuando no estimula la temeridad y mala fe en el sostenimiento de procesos contencioso administrativos, en el planteamiento de recursos de casación o en acciones extraordinarias de protección—, comporta un gravísimo despropósito trasladar las costas procesales a los abogados patrocinadores de los entes de derecho público. Esta disposición legal debería corregirse a través de una reforma urgente.

2.2.3. La ineficacia de las sentencias contencioso administrativas

Sobre la eficacia de las sentencias contencioso administrativas, el sistema de justicia también registra un notable retroceso. Para el tratamiento de este tema se vuelve necesario *(i)* examinar la relación directa de la ejecución de la sentencia con el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva; luego, *(ii)* destacar lo que el sistema legal ecuatoriano había previsto hasta antes de 2010; y finalmente, *(iii)* describir en qué consiste el retroceso del Código Orgánico de las Finanzas Públicas.

2.2.3.1. La ejecución de las sentencias y el derecho constitucional

La tutela judicial efectiva es no solamente un principio constitucional que inspira a la función judicial ecuatoriana sino un derecho fundamental de las personas. Comprende, en su contenido esencial, la preparación e independencia de los jueces, el derecho de toda persona de acceder a la justicia, que se respeten a su favor las garantías del debido proceso durante la sustanciación de un juicio, y que las sentencias que lleguen a dictar los jueces se cumplan, esto es, que el pronunciamiento jurisdiccional que declara o niega el derecho, sea eficaz.

En este punto se debe señalar que la eficacia de las sentencias que pronuncian los jueces contencioso administrativos o contencioso tributarios —y todos los órganos jurisdiccionales, sin excepción— está directamente relacionada con el derecho que consagra el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, cuando trata sobre el recurso judicial efectivo, puesto que si luego de tramitar un juicio, por largos años, la persona, natural o jurídica que obtiene en sentencia el reconocimiento de su derecho, no puede hacer que esta se cumpla, la tutela judicial dejará de ser

efectiva y la jurisdicción contenciosa habrá perdido su razón de ser. En consecuencia, la eficacia de las sentencias contencioso administrativa y contencioso tributarias comporta un derecho directamente vinculado con la tutela judicial que consagra el Art. 75 de la Constitución de la República y, principalmente, una obligación internacional asumida por la República del Ecuador en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos, que genera responsabilidad en los supuestos de incumplimiento.

A continuación se aborda el tratamiento legislativo que la eficacia de la sentencia contencioso administrativa ha tenido en nuestro país.

2.2.3.2. La eficacia de la sentencia contencioso administrativa hasta antes de 2010

Durante muchos años rigió en Ecuador la Ley Orgánica del Ministerio Público que se expidió en julio de 1979⁵⁷ y señalaba que las sentencias condenatorias al Estado tenían carácter declarativo solamente, y que, si imponían la obligación de pagar dinero, no podían ejecutarse mientras el Estado no la hacía constar en el Presupuesto General del Estado del año siguiente a la declaratoria (Art. 20)⁵⁸.

Este privilegio a favor de los entes de derecho público rigió por mucho tiempo en Ecuador y volvía inútil a la jurisdicción contencioso administrativa, puesto que la ley nunca previó qué consecuencias legales había en los casos en que el Estado se negaba a crear la partida presupuestaria para el cumplimiento de la sentencia.

En otras palabras, una sentencia condenatoria podía ser cumplida por el Estado cuando a bien tuviere introducir una partida en el Presupuesto General, destinada a ese propósito.

La fuerza de esta disposición legal se mantuvo y quedó confirmada en agosto de 1990 cuando se expidió la Ley de Contratación Pública con contenido similar (Art.116), defiriendo a la voluntad del ente público la incorporación de la obligación dineraria

57 Decreto Supremo 3544 publicado en el Registro Oficial 871 de 10 de julio de 1979.

58 Ley Orgánica del Ministerio Público, "Art. 20.- las decisiones condenatorias que pronuncien los jueces y tribunales de justicia en contra del Estado tendrán carácter meramente declarativo, limitándose al simple reconocimiento del derecho que se pretende. En lo demás se estará a lo que disponen las leyes pertinentes debiendo hacerse constar en el Presupuesto General del Estado del año siguiente al de la declaratoria, la partida necesaria para el cumplimiento de la obligación".

en el presupuesto del ejercicio fiscal siguiente⁵⁹. Ventajosamente esta situación cambió en un sentido favorable al derecho constitucional de los ciudadanos y personas jurídicas que accionaban en sede contencioso administrativa. A partir de diciembre de 1993, el Art. 39 de la Ley de Modernización del Estado⁶⁰ previó, con apego a la igualdad procesal, que en las sentencias que impongan obligaciones dinerarias al Estado o a cualquier entidad pública, el procedimiento de ejecución se debía cumplir de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil.

Sobre la base del Art. 39 de la Ley de Modernización del Estado, la ejecución de la sentencia permitía adoptar medidas cautelares sobre la Cuenta Única del Tesoro Nacional para que el Estado cumpla las obligaciones establecidas en sentencia; o la retención de fondos en poder de terceros, el secuestro de bienes o el embargo. En mi opinión, el mandato del Art. 39 de la Ley de Modernización del Estado, que no ha sido derogado, era y sigue siendo una clara proyección del derecho constitucional a una tutela judicial efectiva, porque crea mecanismos expeditos para el cumplimiento de las sentencias y evita que cualquier omisión administrativa en la elaboración de los presupuestos, burle la decisión de los jueces distritales.

No hay razón jurídica ni filosófica, menos moral, para crear privilegios legales a favor de una parte procesal en desmedro de la otra, más aún cuando existe una sentencia de un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o de la respectiva Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia que ya declaró el derecho que se pretende ejecutar.

Por ello, desde 1993, el legislador ecuatoriano derogó tácitamente las normas que tendían a retardar el cumplimiento de las sentencias contencioso administrativas y acertó en establecer un régimen de ejecución que eliminaba privilegios a favor de los entes de derecho público, porque las prerrogativas y el *imperium* que se reservan las Administraciones Públicas para la sede administrativa se explican exclusivamente para el cumplimiento de la ley y las finalidades de orden público, en ningún caso

59 Ley de Contratación Pública, “Art. 116.- CARÁCTER DE LA SENTENCIA.- Las sentencias condenatorias que pronuncien los jueces en contra del Estado y las instituciones del sector público deberán ser cumplidas inmediatamente, sin embargo, tratándose de obligaciones de pago, de no existir los recursos suficientes para cubrir las de inmediato, se hará constar la partida presupuestaria correspondiente en el Presupuesto General del Estado o de la respectiva entidad, en el año fiscal siguiente al de la sentencia”.

60 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por Parte de la Iniciativa Privada, “Art.- 39.- CUMPLIMIENTO DE SENTENCIAS.- Cuando cualquier órgano jurisdiccional declare, mediante sentencia ejecutoriada, la obligación del Estado o de cualquier entidad del sector público, a pagar cualquier suma de dinero o cumplir determinado acto o hecho, la ejecución de dicha sentencia se cumplirá de conformidad con lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil”.

para juzgar la legalidad de sus actuaciones menos para escapar de un mandato judicial o de una sentencia ejecutoriada pues, de otra manera, la división de poderes se diluiría en beneficio de la función administrativa del Estado y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva quedaría vaciado de contenido.

2.2.3.3. La ineficacia de la sentencia contencioso administrativa a partir de 2010

Esta previsión acertada de la Ley de Modernización lamentablemente cambió con la expedición del Código Orgánico de Planificación de las Finanzas Públicas en octubre de 2010⁶¹, que retrocedió a los años sesenta de la Ley Orgánica del Ministerio Público para proteger a las entidades estatales con sentencia condenatoria. Nuevamente la ley prevé que la ejecución de las sentencias quedará sujeta a la voluntad del Estado para crear la subpartida del presupuesto en el gasto no permanente⁶². En otras palabras, el proceso contencioso administrativo ha quedado reducido a un ámbito puramente declarativo de derechos, porque cuando el pronunciamiento de los jueces distritales impone a las entidades de derecho público una obligación dineraria (de dar), los tribunales distritales se ven privados de un ejercicio jurisdiccional pleno. El Art. 170 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas ha trasladado la potestad de “ejecutar lo juzgado” a la buena voluntad de los funcionarios administrativos llamados a reformar, en el presupuesto correspondiente, las partidas del gasto no permanente de la respectiva entidad y si no lo hicieran — como ocurre en la práctica —, la sentencia contencioso administrativa devendría ineficaz.

Considero que esta norma es manifiestamente antijurídica, supone un desconocimiento del principio de división de poderes, porque niega el poder jurisdiccional de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo a los que corresponde no solamente juzgar sino ejecutar lo juzgado, y hacer cumplir por sí mismos las decisiones que expiden.

En este sentido, el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y el derecho humano al recurso efectivo quedarían lesionados por una norma legal, regresiva en materia de derechos humanos, más preocupada del presupuesto del Estado que del

61 Código Orgánico de Planificación de las Finanzas Públicas. Registro Oficial 306-S, de 22 de octubre de 2010.

62 Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, “Art. 170.- Sentencias.- Las entidades y organismos del sector público deberán dar cumplimiento inmediato a las sentencias ejecutoriadas y pasadas en autoridad de cosa juzgada, y si implican el egreso de recursos fiscales, dicha obligación se financiará con cargo a las asignaciones presupuestarias de la respectiva entidad u organismo, para lo cual si es necesario se realizarán las reformas respectivas en el gasto no permanente. Los recursos de la Cuenta Única del Tesoro son inembargables y no pueden ser objeto de ningún tipo de apremio, medida preventiva ni cautelar”.

derecho fundamental de las personas que consagran los Arts. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y 75 de la Constitución.

2.3. Disfuncionalidades que deterioran la credibilidad en la jurisdicción contencioso administrativa

Varios eventos que ocurren en la práctica han venido afectando la credibilidad del contencioso administrativo y del contencioso tributario. A continuación se examinan tres causas: (i) los vicios del proceso escrito, que el nuevo COGEP corrige con la implantación de un proceso oral con unas deficiencias que crearán nuevos problemas al contencioso; (ii) acumulación de causas y demora en su tramitación; (iii) retardo en la tramitación de recursos de casación; (iv) la acción extraordinaria de protección y la degradación del contencioso; (v) el abandono de causas como un refinado método de denegación de justicia; y, (vi) los errores en la definición de materias asignadas a la jurisdicción contencioso administrativa.

2.3.2. Los vicios del proceso escrito

El COGEP, que se expidió en mayo de 2015, instituye por primera vez la oralidad en los procesos contencioso administrativos y contencioso tributarios. Esta innovación no les alcanzará, sin embargo, a más de diez mil causas acumuladas hasta la fecha en que se promulgó dicho Código, ni a los aproximadamente cinco mil seiscientos juicios nuevos que ingresaron en los distintos tribunales distritales durante la vacancia de un año⁶³ que fijó la Disposición Final Segunda⁶⁴ del COGEP a los que siguieron aplicándose las reglas del proceso escrito que instituyó la derogada LJCA.

Partiendo de esta consideración, es necesario identificar los vicios del proceso escrito como un factor que continuará incidiendo negativamente en el funcionamiento de la jurisdicción contencioso administrativa, por mucho tiempo, puesto que el despacho de todas estas causas tomará un período de entre tres y seis años más; más aún cuando la vigencia del Código Orgánico General de Procesos no ayudará a corregir el problema sino a agravarlo como se analiza más adelante.

⁶³ Este dato aproximado, toma el promedio de causas que mensualmente ingresaron en un período de doce meses durante los dos años inmediatos anteriores (2014 y 2015) y los aplica al período 1 de junio de 2015 a 30 de mayo de 2016.

⁶⁴ Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506-S de 22 de mayo de 2015. La Disposición Final Segunda señala: “El Código Orgánico General de Procesos entrará en vigencia luego de transcurridos doce meses, contados a partir de su publicación en el Registro Oficial, con excepción de las normas que reforman el Código Orgánico de la Función Judicial, la Ley Notarial y la Ley de Arbitraje y Mediación y aquellas que regulan períodos de abandono, copias certificadas, registro de contratos de inquilinato y citación, que entrarán en vigencia a partir de la fecha de publicación de esta Ley. Las disposiciones que regulan el remate entrarán en vigencia en ciento ochenta días contados a partir de la publicación de la presente Ley”.

Para la Teoría General del Proceso, un proceso escrito es aquel en que predomina la palabra escrita sobre la hablada⁶⁵; sin embargo, los procesalistas coinciden en señalar que en ambos sistemas convergen las palabras hablada y escrita, y que el carácter oral o escrito del proceso viene determinado por la prevalencia del documento escrito o de las diligencias orales, según sea el caso.

Para el procesalista mexicano José Ovalle Favela, el procedimiento escrito fue de amplia difusión en Europa desde el siglo XII hasta el siglo XVIII y su práctica dio lugar a un sistema en que el juzgador no tenía relación inmediata con las partes, no había publicidad, los plazos eran de secuencias prolongadas, se producía una “separación preclusiva de las etapas procesales” y la valoración de pruebas se hacía según “criterios predeterminados”⁶⁶.

Desde 1968, cuando se expidió la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el contencioso administrativo ecuatoriano se ha mantenido invariable dentro de los reglas del sistema escrito, y pese a que la Constitución de 1967 y la de 1978⁶⁷ mandaron que las leyes procesales adopten en lo posible el sistema oral, el formalismo escrito en el que durante décadas se ha venido desarrollando el trabajo de los jueces, no ha permitido ninguna iniciativa que franquee espacios para la práctica de audiencias orales, que no sea la audiencia en estrados que tiene lugar cuando el trámite del proceso ha concluido.

Toda petición, actuación, diligencia o providencia se reduce a la presentación o expedición de documentos que se agregan al respectivo expediente, como constancia formal de su existencia o de su debida tramitación. Una rápida revisión de los Arts. 27, 39, 53 y 67, de la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa muestra que en esta materia se impuso una ritualidad sustentada en la comunicación procesal escrita, en la que la oralidad no tenía cabida; y sin embargo de que estas normas fueron expedidas bajo la vigencia de la Constitución de 1967 que mandaba adoptar en lo posible el sistema oral, el legislador ecuatoriano no atendió ese mandato despreocupándose del retardo en la tramitación de los procesos conten-

65 José OVALLE FAVELA. *Teoría General del Proceso*. México: Ed. Oxford University Press, 2001, p. 197.

66 *Ibid.* p.198.

67 La Constitución Política del Estado de 1967 tenía ya el siguiente precepto: “Art. 200.- [...] Las leyes procesales procurarán la simplificación y eficiencia de los trámites; adoptarán en lo posible el sistema oral, y nunca se sacrificará la justicia a la sola emisión de formalidades. Por su parte, la Constitución Política de 1978 (codificación publicada en el R. O.763, 12-VI-84), reprodujo la norma de la carta constitucional anterior y añadió el aspecto de la uniformidad: “Art. 93 inc. 1.- Las leyes procesales procurarán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites, adoptarán en lo posible el sistema oral...”.

ciosos, provocado entre otras razones por la ausencia de oralidad.

Para corregir estas anomalías del proceso escrito, que ya se hicieron visibles hace mucho tiempo, la Constitución de 1967 y después la de 1979 introdujeron el principio de oralidad como un objetivo que debían satisfacer las leyes procesales. La reforma constitucional de 1998 perseveró en esa aspiración y dispuso que la sustanciación de los procesos, incluida la presentación y contradicción de las pruebas debía hacerse mediante el sistema oral (Art. 194), de acuerdo con los principios dispositivos, de concentración e inmediación.

La vigencia de estos principios constitucionales quedaba condicionada a la expedición de una ley, y a la adecuación de las instalaciones de la Función Judicial que faciliten el desarrollo de las audiencias en espacios adecuados para la participación de jueces, secretarios y abogados. Vistas las omisiones del legislador ecuatoriano, la Disposición Vigésimo Séptima de la reforma constitucional de 1998 fue más allá y dispuso que la expedición de las leyes procesales que regulen la oralidad debía hacerse en un plazo de hasta cuatro años contados desde que fue expedida la codificación de la Constitución (agosto del 2002).

No se pueden desconocer los pasos dados por el Congreso Nacional para la aprobación de leyes que paulatinamente fueron concretando el principio de oralidad en el sistema procesal ecuatoriano. Así, a escasos dos años de que entró en vigencia la reforma constitucional de 1998 y luego de debates esclarecedores, expidió el Código de Procedimiento Penal con importantes innovaciones en la tramitación de la investigación preprocesal y del juicio penal mediante audiencias orales⁶⁸.

Posteriormente, en el año 2003, vendría una trascendental reforma del proceso en materia laboral⁶⁹. Se eliminó el juicio verbal sumario y fue sustituido por un proceso oral, con una audiencia preliminar de conciliación, contestación a la demanda y formulación de pruebas.

La preocupación del legislador, que acertó en implantar el sistema oral en el trámite de los juicios penales y laborales, lamentablemente no se extendió al proceso conten-

68 El Código de Procedimiento Penal. Registro Oficial 360-S, 13-01-2000. Los Arts. 66, 120, 161 fijan la obligación de realizar audiencias orales en la indagación previa, en la recepción de testimonios y en la detención por delitos flagrantes. El Art. 258 tiene el tenor siguiente: "Art. 258.- Oralidad.- El juicio es oral; bajo esa forma deben declarar las partes, los testigos y los peritos. Las exposiciones y alegatos de los abogados, serán igualmente orales. Las resoluciones interlocutorias deben pronunciarse verbalmente, pero debe dejarse constancia de ellas en el acta del juicio".

69 Ley No. 2003-13. Registro Oficial 146, 13-08-2003. El Art. 584 de la Codificación de aquel entonces (575 en la codificación última) señala que "Las controversias individuales de trabajo se sustanciarán mediante procedimiento oral".

cioso administrativo y contencioso tributario, sin embargo de que la disfuncionalidad y demora en la tramitación de esta clase de procesos clamaba con igual urgencia por una reforma que sustituyera el sistema escrito.

En ese sentido, el procedimiento oral regulado en el nuevo Código Orgánico General de Procesos podría ayudar en la tramitación de los procesos contenciosos sin que ello necesariamente contribuya a un mejoramiento en la calidad de la justicia, como se analiza a continuación, porque la mayor celeridad del procedimiento para evacuar las pruebas y la regla perentoria de que los jueces dicten sentencia en la audiencia de juicio, afectará seriamente la ponderación que exige el control de legalidad.

Los problemas derivados de la tramitación del juicio contencioso administrativo ocurren porque el sistema escrito que lo caracteriza impide la inmediación del juez con las partes y la práctica de las pruebas, favorece el aplazamiento de los plazos procesales y demora la decisión final. Un proceso diseñado para que las partes hagan valer sus derechos solamente mediante documentos escritos, aparta al juzgador de la controversia, deja el juicio librado a la buena o mala gestión del funcionario auxiliar y, frecuentemente, descarga la responsabilidad del juez en el manejo del caso hasta el momento de dictar sentencia comprometiendo su atención cuando la tramitación del juicio ha concluido.

Es de insistir que la práctica procesal en el ámbito contencioso administrativo y tributario, revela que el sistema escrito es un obstáculo a la inmediación⁷⁰. En el contencioso administrativo — como en otros órdenes jurisdiccionales —, la prevalencia de la palabra escrita ha impedido la agilidad en el despacho de causas; ha dispensado a los jueces de su obligación de vincularse con los hechos discutidos en juicio y con las incidencias del proceso, en tiempo oportuno. En un sinnúmero de casos, luego de contestada la demanda, no se procede a la apertura del término de prueba, durante meses; y, cuando finalmente se ha dispuesto la apertura de la prueba, la presentación de estas se hace sin la intervención de los jueces porque el despacho de las causa queda condicionado a la entrega de una o varias peticiones escritas, conocidas solamente por los auxiliares de los tribunales distritales.

70 El Código Orgánico de la Función Judicial (Registro Oficial 544-S, 09-03-2009) se refiere al principio de inmediación, concentración y celeridad en los Arts. 18 y 19. Este último define con precisión dichos principios, en los términos siguientes: "Art. 19, inc. 3.- Los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa. Se propenderá a reunir la actividad procesal en la menor cantidad posible de actos, para lograr la concentración que contribuya a la celeridad del proceso". La citada norma legal fija una pauta de lo que podría ser un juicio oral en materia contencioso administrativa y contencioso tributaria conforme lo analizamos más adelante.

Parecería que las situaciones generadas por el sistema escrito deberían corregirse con la vigencia del COGEP que implanta decididamente el procedimiento oral a partir del 22 de mayo de 2016; sin embargo, en mi opinión, a los problemas que actualmente existen, el COGEP añadirá otros que deteriorarán aún más la credibilidad del contencioso administrativo.

2.3.1.1. La oralidad según el nuevo Código Orgánico General de Procesos

Con excepción de las acciones que se plantean por silencio administrativo positivo y de pago por consignación, todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario (COGEP, Art. 327), es decir, bajo las reglas de procedimiento escrito y de oralidad que se resumen a continuación:

En primer lugar se ha previsto una fase escrita que se inicia con la presentación de la demanda y continúa con la contestación que debe hacerse en un término de treinta días contados desde el día de la citación de la demanda; una y otra deberán anunciar la prueba con precisión de testigos y de diligencias probatorias respecto de las cuales se deberá señalar su objeto (Arts. 141, 142, 151 y 291).

La fase oral tiene dos momentos: el de la audiencia preliminar que deberá realizarse en un término no menor a diez ni superior a treinta días contados desde la fecha de contestación a la demanda (Arts. 292 y 294); luego, la Audiencia de Juicio que debe practicarse en un término máximo de treinta días contados a partir de la culminación de la audiencia preliminar (Art. 297).

En la Audiencia de Juicio y luego de actuada la prueba, los jueces deberán suspenderla hasta formar su convicción del caso “debiendo reanudarla el mismo día para dictar sentencia mediante procedimiento oral” (Art. 297 numeral 7); y la resolución escrita motivada deberá ser notificada en el término de hasta diez días (Art. 93) bajo amenaza de sanciones al juez. Este último aspecto es el que encuentro inconveniente para los procesos contencioso administrativos y para los contencioso tributarios, no solamente por la necesidad de una infraestructura de la que hoy carecen los tribunales distritales o por la ausencia de la preparación que se requiere por parte de jueces y auxiliares para el correcto manejo de una audiencia —que será difícil alcanzar mientras la capacitación esté monopolizada por el Consejo de la Judicatura o por el régimen de permisos que ha instituido ese Consejo para negar o dificultar a los jueces capacitaciones alternativas de mejor calidad—, sino por la especificidad de las materias administrativas y tributarias que, para ser debidamente conocidas y de-

cidas, exigen de un mayor tiempo que el que comprometen otras materias sujetas al procedimiento ordinario.

La expedición de una sentencia oral al finalizar la Audiencia de Juicio, podría ser conveniente en términos de celeridad para controversias en las que se discute una obligación ejecutiva, la declaración de paternidad, la disolución o no de un matrimonio, la decisión sobre alimentos sin los efectos de la cosa juzgada; sin embargo, la complejidad de la relación jurídico administrativa y la multiplicidad de aspectos jurídicos involucrados en la relación tributaria desaconsejaban unificar este procedimiento, al menos en lo que a la expedición de la sentencia se refiere. Ahora, los jueces distritales necesariamente deberán pronunciarse de manera clara y precisa sobre el fondo de los temas controvertidos —múltiples en estas materias—; deberán determinar la cosa, cantidad o hecho que se niega; y la procedencia o no del pago de indemnizaciones intereses y costas (Art. 94), haciendo un señalamiento del importe de los daños y perjuicios o si esto no fuere posible, deberán decidir algo no menos complejo: establecer las bases sobre las cuales deberá practicarse la liquidación de dichos daños (Art. 98).

Estaba en la prudencia del legislador que discutió el COGEP reconocer al juzgador contencioso un espacio de reflexión distinto para la valoración del caso, que le permita examinar con mayor detenimiento todos los aspectos involucrados en el conflicto administrativo y ponderar los términos de la decisión final, aún cuando eso suponga afectación al principio de celeridad.

No se debe olvidar que, por mandato del COGEP —que en este punto reproduce lo que ya venía estableciendo la LJCA y el Código Tributario—, los jueces distritales están obligados a decidir no solamente “los puntos sobre los que se produjo la controversia” sino “aquellos que, en relación directa a los mismos, comporten control de legalidad de los antecedentes o fundamentos de la resolución o acto impugnados...” (Art. 313).

En un contrato administrativo con múltiples obligaciones que se discuten entre entidad contratante y contratista, una glosa de la Contraloría General del Estado que afecte a varios funcionarios del Estado sobre procedimientos de gestión institucional, un sinnúmero de controversias de propiedad intelectual, las que involucran el análisis del ejercicio de una potestad discrecional o aquellas referidas a la determinación de una responsabilidad extracontractual de la Administración, difícilmente podrán ser resueltos el mismo día de la Audiencia de Juicio; en el ámbito de lo contencioso

tributario, los conflictos en los que el acto de determinación comprende entre cinco o quince glosas de impuesto a la renta exigirán un análisis muy detenido sobre la contabilidad del contribuyente, las apreciaciones del perito, el derecho invocado por la autoridad tributaria y el administrado, etc.

Los ejemplos enunciados no pretenden desconocer que hay controversias administrativas o tributarias que no revisten mayor complejidad, como son ciertas acciones directas en materia tributaria, los juicios de excepciones o determinados conflictos originados en el administrativo sancionador. Se debe insistir en que las normas adjetivas deberían preocuparse no solamente de que los jueces dicten sentencia pronto, sino que lo hagan aplicando correctamente el derecho, asegurando al juez un tiempo prudencial para resolver la causa con el mayor acierto posible sin conminarle a que lo haga en una audiencia oral, tan pronto se despachan las pruebas, o dentro del término perentorio de diez días adicionales que de manera excepcional ha establecido el COGEP para el pronunciamiento oral (Art.93).

En opinión del autor de estas reflexiones, lo apropiado habría sido que en el capítulo relativo a los procesos contencioso administrativos y tributarios, los jueces tuvieran atribución para resolver en un momento procesal posterior y distinto de la Audiencia de Juicio, pero no como una atribución excepcional según el Art. 93, sino como regla general de manera que el juzgador pondere en qué casos de menor complejidad puede dictar la sentencia oral y en qué casos no. En esa hipótesis se mantendría la uniformidad procedimental que buscaba el Código en lo que era posible, apartándose únicamente en lo relacionado con el momento procesal del pronunciamiento oral atendiendo la especificidad más compleja de un sinnúmero de casos como los referidos ejemplificativamente en este breve análisis.

La calidad de la administración de justicia en lo contencioso administrativo o en lo contencioso tributario no pasa solamente por la celeridad de la decisión final, como parecería ser el enfoque unidireccional de las nuevas normas procesales, sino principalmente, por el acierto en el control de legalidad que solamente podrá alcanzarse a través de una reflexión detenida antes que improvisada. De otra manera, por resolver la demora en la tramitación de los juicios, el COGEP contribuirá a afectar aún más la credibilidad en la jurisdicción contencioso administrativa porque la improvisación en la expedición de sentencias relajará el control de legalidad y privará de reflexión jurídica y seriedad a un sinnúmero de decisiones.

El legislador puede asegurar los objetivos de la celeridad procesal y de la certeza del derecho que aplican los jueces mediante un régimen apropiado de medidas cautelares, tema en el que tampoco hay un mejoramiento en las normas del COGEP.

2.3.1.2. La oralidad que instituye el COGEP y la realidad procesal del contencioso administrativo y tributario

Si se hiciera un análisis matemático del número de causas que ingresan, número de jueces que despachan y términos perentorios establecidos en el COGEP para la terminación de esos juicios, se puede advertir que las nuevas normas adjetivas mantendrán ese atávico divorcio de la ley procesal con la realidad, en que la administración de justicia contencioso administrativa y tributaria continuarán mal funcionando en la hipocresía de una ley que, en la teoría, precautela la celeridad, pero que, en la práctica, no la cumple y distorsiona el funcionamiento de la justicia, afectando la poca credibilidad que queda de ella. En otras palabras, estamos frente a la ensoñación de la corta duración de los procesos —bajo amenaza de sanción a los jueces— y a una realidad que desmentirá abrumadoramente las quiméricas previsiones del legislador.

Analizadas estas normas del COGEP se puede colegir que en un término de aproximadamente cien días hábiles los jueces distritales de lo contencioso administrativo y contencioso tributario deberían dictar sentencia, período comprendido desde la presentación de la demanda y considerando la calificación (cinco días), citación y contestación a la demanda (cuarenta días), calificación de la contestación (5 días), convocatoria a audiencia preliminar (veinte días), audiencia de juicio (treinta días).

Las previsiones del COGEP para la tramitación de esta clase de procesos, sin embargo, se estrellan contra la realidad estadística de las causas que ingresan en los Tribunales Distritales del país, y esta observación no se refiere a la infraestructura necesaria para atender las audiencias —que no la hay— ni a la capacitación de los señores jueces que, en su trabajo diario, adquirirán la destreza necesaria para manejar tales audiencias. Esta observación se refiere a la imposibilidad de los tribunales distritales de atender y despachar causas en los términos fijados por el COGEP y a lo que dejo señalado en el párrafo anterior: al divorcio absoluto entre la norma procesal y la realidad sobre la que ella pretende aplicarse.

El Tribunal Distrital Contencioso Administrativo No. 1 con sede en Quito está integrado por veinte y tres jueces y recibe el mayor número de causas. En 2013, ingresaron dos mil ciento tres (2103) demandas, en 2014, mil novecientos siete (1907) y, en 2015, un mil ochocientos catorce (1814). Estas cifras obtenidas del Consejo de la Judicatura, determinan un promedio de un mil novecientos cuarenta y una demandas anuales (1941); esto es, ciento sesenta y una demandas (161) que están ingresando en este Tribunal mes a mes. A partir de estas cifras me propongo exponer las siguien-

tes premisas numéricas del trabajo de los jueces distritales de dicho tribunal frente a las quiméricas previsiones de celeridad procesal del COGEP:

En promedio, en el período comprendido entre el 1 de enero y el 31 de marzo de cada año ingresarían cuatrocientas ochenta y tres (483) nuevas demandas; y los jueces distritales tendrían un término aproximado de cien días para resolver todos y cada uno de esos juicios, hasta el último ingresado el 31 de marzo. Por tanto, si los términos del nuevo Código Orgánico de Procesos se van a respetar, las cuatrocientas ochenta y tres causas tramitadas deberían quedar resueltas mediante sentencia oral, todas, hasta el dieciocho o diecinueve de agosto de cada año. En ese lapso de cinco meses, deberían haberse celebrado al menos cuatrocientos ochenta y tres audiencias preliminares y cuatrocientas ochenta y tres audiencias de juicio, en total, novecientas sesenta y seis audiencias (966) para atender las demandas de este primer trimestre de la hipótesis.

Si a esto sumamos el entorpecimiento que provocarán las decisiones administrativas que adopta el Consejo de la Judicatura, en las que se ha decidido segmentar la Unidad Judicial Contencioso Administrativa con sede en Quito para asignar solamente nueve jueces con dedicación exclusiva para conocer los juicios bajo el sistema oral y catorce jueces con dedicación exclusiva para resolver los procesos escritos. Por tanto, no habrá veinte y tres jueces para conocer las causas que ingresan sino solamente nueve.

Si consideramos con sobrado optimismo que en jornadas de ocho horas de trabajo diario los jueces distritales podrían evacuar hasta cuatro audiencias por cada día — dos preliminares y dos audiencias de juicio, diarias—, en los cien días término para resolver las causas ingresadas en el primer trimestre habrán logrado despachar solamente 400 de las 966 audiencias en las que deberían intervenir para cumplir con los términos fijados en el COGEP; por tanto, estarían atendiendo solamente un 41,4% de lo que por mandato legal deberían despachar, sin contar que durante esos cinco meses —dedicados a atender las 483 causas ingresadas en el primer trimestre— los jueces distritales habrán recibido 805 juicios más, porque en dicho lapso siguieron ingresando 161 demandas mes a mes.

Los Jueces Distritales dejarán de despachar 566 audiencias, esto es, 283 juicios contencioso administrativos por cada trimestre y deberían recibir igual número de sanciones bajo las normas punitivas del COGEP y del Código Orgánico de la Función Judicial. En otras palabras, la poesía de la celeridad procesal en el nuevo Código

adjetivo será la herramienta más recurrida para la persecución extorsiva a los jueces y ni siquiera la Unidad de Control Disciplinario del Consejo de la Judicatura alcanzará a tramitar los expedientes de sanción, en cuyo caso seleccionará a qué jueces sancionar y a qué jueces mantenerlos en el vilo de una eventual sanción. ¿Contribuirá esto a la independencia de la justicia?

Pero el problema no se queda allí porque hay cuatro dificultades jurídicas adicionales, pendientes de resolver y que las dejo planteadas así: ¿en qué momento del día el Juez va a despachar las calificaciones de demanda de ochocientas nuevas causas que ingresaron en ese lapso de cien días, la calificación de las ochocientas contestaciones a la demanda, el análisis de pruebas, la evaluación jurídica de los casos que tienen llamamiento a audiencia de juicio y más de cuatrocientas causas acumuladas por cada juez, de juicios rezagados bajo el trámite de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo que rigió hasta el 21 de mayo de 2016? ¿Qué sanción jurídicamente razonable podrá imponerse al juzgador físicamente rebasado por el trabajo diario que debe atender sin poder cumplir los términos fantasiosos del COGEP? ¿Qué calidad y acierto en el control de legalidad sobre las administraciones públicas podemos exigir a los jueces distritales en estas condiciones? ¿Qué independencia se podrá garantizar para los jueces distritales, cuando el órgano de control disciplinario decida a qué jueces sancionar y a quiénes no, teniendo en cuenta que todos habrán incumplido con los términos procesales previstos en el Código Orgánico?

El retardo en la administración de justicia no se resuelve con una ley que imponga términos perentorios para despachar causas, o mediante normas adjetivas que obliguen a los jueces a dictar sentencia en una audiencia de juicio, sin importar qué contenido tenga esa sentencia. Para resolver este problema es necesario reflexionar con un poco más de detenimiento y entender que la conflictividad de la relación contencioso administrativa y tributaria es compleja y que una solución a este problema estructural exige al menos tres medidas: (i) eliminar entes públicos que no tienen razón de ser pero que todos los días están generando conflictos jurisdiccionales al Estado; (ii) establecer un sistema de control de legalidad en sede administrativa que se preocupe de aplicar el derecho con un mínimo de honradez en lugar de dedicarse a confirmar arbitrariamente y dar cobertura formal al sinnúmero de decisiones absolutamente ilegales que llegan a los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo; (iii) adoptar un régimen de medidas cautelares que autorice a los jueces contencioso administrativos tutelar efectivamente el derecho de los administrados mediante decisiones de de justicia provisional, hasta resolver el fondo de la controversia, para impedir que los administrados sufran daño por la demora en la tramitación del juicio,

de manera que la prolongación de tiempo para resolver no menoscabe la tutela judicial de las partes procesales.

2.3.2. Acumulación de causas y demora en su tramitación

La reforma constitucional de diciembre de 1992⁷¹ suprimió el Tribunal Contencioso Administrativo y creó cuatro Tribunales Distritales con sede en las ciudades de Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo. Descentralizó la administración de justicia y dio el primer paso para resolver el problema de la acumulación de causas en el extinto Tribunal Contencioso Administrativo que tenía sede en Quito y jurisdicción en todo el territorio de la República.

Esta reforma constitucional fue uno de los aportes más significativos que el Congreso Nacional hizo al sistema de administración de justicia en los últimos cuarenta años, particularmente a la justicia administrativa, porque (i) permitió recurrir del fallo en un juicio de instancia única y con ello dar cumplida realización a un derecho fundamental de las personas; (ii) descentralizó la competencia en materias tributaria y contencioso administrativa a través de tribunales distritales y (iii) dio un paso certero para lograr la unificación de la jurisprudencia a través de un recurso de casación a la Sala especializada de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

Para el año 1992, el Tribunal Contencioso Administrativo mantenía acumuladas aproximadamente dos mil causas, y por ello muchas opiniones defendieron la necesidad de resortejar todos esos procesos, al menos aquellos que se encontraban en estado de sentencia, a fin de distribuir equitativamente la carga de trabajo entre los tribunales distritales que habían sido creados para descongestionar y dar mayor celeridad al servicio de administración de justicia.

Los cuatro tribunales distritales no tenían el cúmulo de trabajo del Tribunal Distrital con sede en Quito que, además de los juicios que ingresaban diariamente —en mayor número que los que recibían todos los demás tribunales distritales juntos—, conservó todas las causas acumuladas del extinto Tribunal Contencioso Administrativo.

71 La reforma a la Constitución de 1979 de diciembre de 1992 está publicada en el R. O. 93-S, 23-12-1992. La Constitución de 2008 expedida dieciséis años después, no obstante el ímpetu de cambio que le auspició, y la expedición del nuevo Código Orgánico de la Función Judicial en marzo de 2009 no modificaron aquello que dejó establecido la reforma constitucional de 1992, con excepción de la desacertada eliminación de tribunales distritales convirtiéndolas en salas de las Cortes Provinciales de Justicia. Este desafortunado experimento, que por ventura nunca llegó a aplicarse, fue corregido recién en julio de 2013 mediante ley publicada en el R. O. 38, 17-07-2013.

No hubo el resorte de procesos y esto provocó que, para el año 2005, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 con sede en Quito haya acumulado más de cinco mil causas y que, para 2014, el número de juicios sin sentencia haya llegado a la cifra inmanejable de quince mil procesos, mientras que algunos tribunales distritales tramitaban por esos años menos de 450 juicios por cada período anual.

Resulta interesante analizar cómo se fue gestando este proceso de acumulación de juicios que, a la fecha presente (enero de 2016) no se ha podido revertir. Al contrario, varias decisiones desafortunadas del Consejo de la Judicatura que se analizan más adelante han agravado el problema. ¿Qué ocurrió en el cuatrienio 2003-2006, a escasos diez años de la comentada reforma constitucional de 1992? ¿Cuáles fueron las cifras de ingreso y despacho de causas en los tribunales distritales durante el señalado período? El siguiente cuadro muestra el trabajo que anualmente recibía cada Tribunal Distrital desde el año 2003 hasta el 2006 en que se refleja una litigiosidad creciente, dado el relativo grado de confianza que ha merecido de los usuarios esta jurisdicción:

DEMANDAS INGRESADAS

	2003	2004	2005	2006	TOTAL
Tribunal Distrital No. 1 Sede Quito (dos salas)	806	1550	1798	1446	5600
Tribunal Distrital No. 2 Sede Guayaquil	463	658	549	392	2062
Tribunal Distrital No. 3 Sede Cuenca	276	256	335	269	1136
Tribunal Distrital No. 4 Sede Portoviejo	205	282	333	239	1059
TOTAL DE LITIGIOSIDAD	1750	2746	3015	2346	9857

Fuente: Investigación del autor tomada de los libros copiadores de demandas de las Secretarías de los cuatro Tribunales Distritales

Si comparamos las causas ingresadas según los cuadros anteriores con el número de juicios resueltos que consta en los cuadros expuestos a continuación, apreciamos la capacidad menguante de los tribunales distritales, rebasada año a año por las causas que ingresan y cómo, pese a que había solamente cinco salas (15 jueces) en todo el país, su rendimiento era meritorio y acreedor de todo reconocimiento:

JUICIOS RESUELTOS O ARCHIVADOS

	2003	2004	2005	2006	TOTALES
Tribunal Distrital No. 1 Sede Quito (dos salas)	328	639	920	944	2831
Tribunal Distrital No. 2 Sede Guayaquil	442	365	350	211	1368
Tribunal Distrital No. 3 Sede Cuenca	149	244	177	228	798
Tribunal Distrital No. 4 Sede Portoviejo	163	186	333	239	921
TOTALES	1082	1434	1780	1622	5918

Fuente: Investigación del autor en el libro copiador de demandas de las Secretarías de los Tribunales Distritales

De estos datos se desprende que la litigiosidad entre el Estado y los sujetos de derecho privado incrementa; que el trabajo para los señores jueces es cada vez mayor; que el Tribunal Distrital No. 1 con sede en Quito fue el que mayor número de causas recibió (5600 demandas), pues a este ingresaron más causas que las recibidas en los demás tribunales distritales del país juntos (4257); y que, año por año, se acumula un mayor número de procesos no resueltos por estos tribunales.

Como es de esperar en un Estado como el ecuatoriano que crece sin control, incrementan empleados públicos, se crean nuevas entidades públicas que deciden todos los días sobre la actividad y desenvolvimiento de las personas, para el cuatrienio que va de 2008 a 2011, la litigiosidad con el Estado no detendría el proceso de crecimiento y, sin embargo de ello, se mantuvo invariable el número de Salas llamadas a resolver estos juicios:

DEMANDAS INGRESADAS

	2008	2009	2010	2011	TOTAL
Tribunal Distrital No. 1 Sede Quito	1763	2081	2207	1897	7948
Tribunal Distrital No. 2 Sede Guayaquil	489	970	1236	1002	3697
Tribunal Distrital No. 3 Sede Cuenca	177	197	462	413	1249
Tribunal Distrital No. 4 Sede Portoviejo	232	392	370	370	1364
Tribunal Distrital No. 5 Sede Loja	281	277	389	200	1147
TOTALES	2942	3917	4664	3882	15 205

Fuente: Dirección de Planificación del Consejo de la Judicatura.

La acumulación de causas se produce por las que ingresan dentro del respectivo período anual, y no alcanzan a recibir sentencia y porque un número significativo de

juicios se han venido arrastrando desde antes del año 2003, muchos de ellos todavía sin resolver.

JUICIOS RESUELTOS

	2008	2009	2010	2011	TOTALES
Tribunal Distrital No. 1 Sede Quito	15	76	229	545	865
Tribunal Distrital No. 2 Sede Guayaquil	3	7	17	330	357
Tribunal Distrital No. 3 Sede Cuenca	231	168	153	280	832
Tribunal Distrital No. 4 Sede Portoviejo	251	144	125	213	733
Tribunal Distrital No. 5 Sede Loja	80	73	124	380	657
TOTALES	580	468	648	1748	3444

Fuente: Dirección de Planificación del Consejo de la Judicatura

A continuación se analizan las causas ingresadas y resueltas en el siguiente cuatrienio que comprende el período 2012-2015 en el que ya se incluyen los tribunales distritales con sede en las ciudades de Loja y Ambato:

DEMANDAS INGRESADAS

	2012	2013	2014	2015	TOTALES
Tribunal Distrital No 1 Sede Quito	2552	2594	2463	2298	9907
Tribunal Distrital No 2 Sede Guayaquil	999	1163	1471	1358	4991
Tribunal Distrital No 3 Sede Cuenca	634	653	729	582	2598
Tribunal Distrital No 4 Sede Portoviejo	395	454	619	767	2235
Tribunal Distrital No 5 Sede Loja (Loja y Zamora Chinchipe)	298	289	411	381	1379
Tribunal Distrital Sede Ambato (Administrativo y Tributario)				199	199
TOTALES	4878	5153	5693	5585	21 309

Fuente: Dirección de Planificación del Consejo de la Judicatura

JUICIOS RESUELTOS O ARCHIVADOS

	2012	2013	2014	2015	TOTALES
Tribunal Distrital No 1 Sede Quito	616	835	3745	4860	10.056
Tribunal Distrital No 2 Sede Guayaquil	395	818	2267	2468	5.948
Tribunal Distrital No 3 Sede Cuenca	183	344	661	844	2.032
Tribunal Distrital No 4 Sede Portoviejo	139	421	615	328	1.503
Tribunal Distrital No 5 Sede Loja (Loja y Zamora Chinchipe)	248	224	275	484	1.231
Tribunal Distrital Sede Ambato (Administrativo y Tributario)				34	34
TOTALES	1581	2642	7563	9018	20804

Fuente: Dirección de Planificación del Consejo de la Judicatura

Los cuadros expuestos a continuación, que comprenden el período 2003 a 2015, muestran una síntesis de los cuadros precedentes, la desproporción que ocurre en la distribución del trabajo de los distintos tribunales y el incremento exponencial de la conflictividad administrativa en un Estado que crece sin control.

En los cuadros consolidados se verá como el Tribunal Distrital No. 1 con sede en Quito recibió un número de causas superior al de los demás tribunales distritales juntos. Este hecho revela que la Administración Pública Central y otros entes que integran el Estado siguen concentrados en la capital, Quito, donde se origina el mayor número de controversias. También revela una máxima del Derecho Procesal Administrativo: a mayor Estado, mayor conflicto y a mayor Estado, menor capacidad de los jueces para resolver tales conflictos. Si partimos del año 2008 y luego tomamos las cifras de 2015 se advierte que, en siete años, las tasas de crecimiento de juicios ingresados fueron de un 90%, esto es, un incremento anual promedio del 13% en dicho período.

Por otro lado, las altas tasas de despacho (juicios terminados) que registran incrementos en los años 2014 y 2015 respecto de años anteriores, ocurre por dos razones artificiales: la primera, porque se ha cuadruplicado el número de jueces y la segunda, porque se ha incrementado el número de autos que declaran abandonadas las causas, sin resolverlas. Por tanto, estas cifras que muestran una mayor tasa de resolución de procesos no necesariamente significa que la conflictividad ha disminuido, ni siquiera que los jueces están administrando justicia en un mayor número de casos, sino que,

como sistema, el contencioso administrativo está denegando justicia y archivando procesos sin hacer un pronunciamiento sobre el fondo de lo controvertido⁷².

CAUSAS INGRESADAS Y RESUELTAS Período 2003-2006

	Total causas ingresadas 2003-2006	Total causas resueltas Años 2003-2006	Rendimiento %	Juicios pendientes de sentencia 2003-2006
Tribunal Distrital No. 1 Sede Quito	5600	2831	50,5%	2769
Tribunal Distrital No. 2 Sede Guayaquil	2062	1368	66,3%	694
Tribunal Distrital No. 3 Sede Cuenca	1136	798	70,2%	338
Tribunal Distrital No. 4 Sede Portoviejo	1059	921	86,9%	138
TOTAL	9857	5918	60,03%	3939

Fuente: Dirección de Planificación del Consejo de la Judicatura

CAUSAS INGRESADAS Y RESUELTAS Período 2008-2011

	Total causas ingresadas 2008-2011	Total causas resueltas 2008-2011	Rendimiento %	Juicios pendientes de resolución 2008-2011
Tribunal Distrital No. 1 Sede Quito	7948	865	10,88	7083
Tribunal Distrital No. 2 Sede Guayaquil	3697	357	9,65	3340
Tribunal Distrital No. 3 Sede Cuenca	1883	832	53,90	1051
Tribunal Distrital No. 4 Sede Portoviejo	1249	733	49,57	516
TOTAL	14 777	2787	31%	11 990

Fuente: Dirección de Planificación del Consejo de la Judicatura

72 Más adelante, en el Capítulo 2 acápite 2.3.5.3 de este libro, se hace un análisis cuantitativo de los procesos contencioso administrativos que se consideran "terminados", pero que no fueron resueltos mediante sentencia sino declarados en abandono.

CAUSAS INGRESADAS Y RESUELTAS O ARCHIVADAS

Período 2012-2015

	Total causas ingresadas 2012-2015	Total causas resueltas 2012-2015	Rendimiento %	Juicios pendientes de resolución 2008-2011
Tribunal Distrital No. 1 Sede Quito	9907	10 056	101,5	-----
Tribunal Distrital No. 2 Sede Guayaquil	4991	5948	119,17	-----
Tribunal Distrital No. 3 Sede Cuenca	2598	2032	78,21	566
Tribunal Distrital No. 4 Sede Portoviejo	2235	1503	67,24	732
Tribunal Distrital No 5 Sede Loja (Loja y Zamora Chinchipe)	1379	1231	89,26	148
Tribunal Distrital Sede Ambato (Administrativo y Tributario)	199	34	17,00	165
TOTALES	21 309	20 804	76,64	1611

Fuente: Dirección de Planificación del Consejo de la Judicatura

Las tasas de despacho y productividad de los años 2014 y 2015, en que algunos tribunales distritales han resuelto más causas que las que ingresaron en dichos años, son solamente un espejismo. Porque hay más de cuatro mil causas que no fueron resueltas mediante sentencia de fondo, como debieron concluir, sino archivadas a través de autos que declararon el abandono de los juicios. Por tanto, no es lo mismo causas resueltas que juicios archivados que terminaron sin sentencia.

Por otro lado, si se analizan los libros de ingreso de demandas que se podían consultar en el período 2003-2006 se constataba que, en el Tribunal Distrital No. 1, ingresaba el 57% de causas que en esta materia se ventilaban en todo el país; en el período 2008-2011, ese porcentaje se redujo al 54%; y para el período 2012 y 2015, este porcentaje continúa reduciéndose.

En este último período, las causas que ingresaron del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1 representaron el 46,5% del total de demandas contencioso administrativas que recibieron todos los tribunales distritales del país. Estas cifras confirman el acierto de haber descentralizado la administración de justicia mediante las reformas constitucionales de 1992, y nos muestran que la institucionalidad es un

difícil camino que se recorre con el paso del tiempo, que no existen recetas con soluciones inmediatas sino decisiones que, aconsejadas por los principios y la técnica jurídica, van mostrando sus frutos paulatinamente, para lo cual la estabilidad de las instituciones es un elemento fundamental.

Adicionalmente se advierte que la litigiosidad entre sujetos de derecho privado y Estado se incrementó a tasas escalofriantes: en el trienio 2003-2006, ingresaron 9857 demandas; sin embargo, para el trienio 2008-2011, fueron 14 777, esto es un incremento del 49,9%. Para el trienio 2012-2015, la cifra se incrementa sustancialmente a 21 309 demandas, esto es, la tasa de crecimiento de la conflictividad fue del 116% respecto del período 2003-2006 y del 44,20% del período 2008-2011.

En otras palabras, aunque aparezca una disminución de ingreso de nuevas causas en el año 2015, y que deberá ser analizado con las estadísticas de los años siguientes, se advierte un incremento de la conflictividad administrativa, año por año, en un porcentaje promedio de 13% anual, hecho que nos confirma que a mayor Estado, más conflicto. Con más entidades y empresas públicas y más ministerios, siempre habrá más juicios contencioso administrativos y más carga de trabajo para los jueces distritales. Mientras el Estado siga creciendo con desorden, el trabajo de los tribunales distritales siempre resultará insuficiente para atender las necesidades del servicio de justicia y la designación de más jueces contencioso administrativos será un paliativo que no contribuirá a solucionar los problemas que han venido degenerando en estructurales en esta materia.

Frente a este problema, la solución más recurrida ha sido, en un primer momento, la designación de nuevas salas para atender el cúmulo de causas acumuladas en los últimos años que se aproximan a más de diez mil juicios rezagados, y luego, cuando se eliminaron las salas, la designación de nuevos jueces. Este simplismo ha sido el empeño del Consejo de la Judicatura por nombrar nuevos jueces. Como se verá más adelante, esta medida no contribuye a resolver el problema sino a agravarlo, porque un alto número de sentencias que expiden los tribunales distritales son impugnadas a través de un recurso de casación, cuyo trámite está concentrado en una sola Sala de la Corte Nacional de Justicia —incluidos titulares y conjueces—, que deberá resolver las sentencias elevadas a su conocimiento desde todos los tribunales distritales del país.

**CAUSAS RECIBIDAS SALA ESPECIALIZADA
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
Corte Nacional de Justicia**

	2013	2014	2015
Recursos de casación contra sentencias contenciosas administrativas	668	1181	1964

Fuente: Dirección de Planificación del Consejo de la Judicatura

Este cuadro nos muestra que hay una litigiosidad creciente en la fase de casación provocada por la designación de nuevos jueces distritales en el período 2013-2015. Si partimos de las cifras de 2013, el porcentaje de incremento de estos recursos es del 76,7% de 2013 a 2014 y del 194% a 2015. En otras palabras, en el trienio 2013-2015, la tasa de crecimiento de los recursos de casación ha sido del 135% de promedio, que se agrava considerando que los jueces nacionales de la Sala de lo Contencioso Administrativo siguen siendo seis (entre titulares y conjueces).

Adicionalmente hay un número creciente de recursos de casación interpuestos contra sentencias de los tribunales distritales, que no aparecen reflejados en el cuadro anterior, porque las cifras que allí se exhiben comprenden únicamente los recursos admitidos a trámite, sin considerar que más del 95% de sentencias expedidas por los tribunales distritales están siendo impugnadas a través de este recurso extraordinario. En el proceso de admisibilidad que llevan adelante los conjueces de la Sala de lo Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, se estarían filtrando y eliminando más de cinco mil recursos de casación por año.

¿No será que la admisión de estos recursos extraordinarios también está respondiendo a la lógica de denegar justicia para desembarazar de trabajo a los jueces nacionales? La respuesta a esta pregunta merece un análisis aparte pero estas reflexiones no pueden sino dejar planteado un problema que deberá ser analizado y resuelto con criterios más apegados al Derecho, porque si bien es verdad que un número no determinado de recursos de casación no tienen otro propósito que dilatar la ejecución de la sentencia o, simplemente, no reúnen los requisitos formales para su admisibilidad, no deja de llamar la atención que aproximadamente un 90% de dichos recursos sean desestimados. Por otro lado, como se puede apreciar en cada uno de los períodos analizados se acumularon centenares de causas. El promedio de duración de esos juicios en el Tribunal Distrital No. 1 —el que mayor trabajo recibe— fue aproximadamente de 36 meses (tres años) por juicio. Los juicios resueltos en 2011 mostraban

que la duración del juicio oscilaba entre treinta y seis y sesenta meses —tres y cinco años—, desde que se presenta la demanda hasta que se resuelve en sentencia sin que el período de duración del proceso se hubiere modificado significativamente en el año 2015, pese a la designación de nuevos jueces.

Es de subrayar que la frialdad de la estadística nunca reflejará la desesperación de los usuarios del servicio de justicia, pues detrás de ella están funcionarios públicos separados arbitrariamente de sus cargos o que enfrentan glosas por responsabilidad civil emitidas por la Contraloría del Estado, contratistas de obras públicas que por la demora en la tramitación del juicio ven quebrar sus empresas por falta de pago, personas naturales enfrentando multas que los obliga a asumir deudas o que les podría suponer su insolvencia o la clausura de un negocio. La preocupación que algunos jueces de los tribunales distritales podrían tener por el pronto despacho de los juicios, resulta desbordada por esta realidad que de ninguna manera se soluciona, archivando causas o declarándolas abandonadas en beneficio del Estado.

El problema exige la adopción perentoria de medidas distintas, que vayan más allá de la creación de nuevas salas o la designación de más jueces como el simplismo ha venido aconsejando, en las pocas ocasiones en que se ha abordado este tema.

Una reflexión más ponderada sobre las medidas que se deberían adoptar para disminuir la litigiosidad nos debería conducir hacia soluciones, en mi opinión, más cercanas a la realidad en que se desenvuelve esta jurisdicción: *(i)* controlar técnicamente la legalidad en sede administrativa, a través de recursos tramitados y resueltos con seriedad y apego al derecho, para evitar que muchas decisiones manifiestamente ilegales den origen a procesos judiciales dilatados en el tiempo; *(ii)* reformar la Constitución para retornar a un sistema de tasas judiciales que reduzca la frivolidad procesal, pero no siguiendo el camino del Consejo de la Judicatura de crear tasas mediante resoluciones inconstitucionales para alimentar su presupuesto institucional; *(iii)* introducir reformas legales que trasladen materias que no corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa hacia otras jurisdicciones especializadas; *(iv)* reducir el número de ministerios, entidades y empresas públicas que no tienen razón de existir, bien sea porque generan gasto público innecesario, bien sea porque generan controversias innecesarias con los particulares en ámbitos que están asfixiando la libertad de los ciudadanos y el desenvolvimiento de las empresas, desestimulando la iniciativa particular, estrechándola o reduciéndola a la insignificancia en un país que requiere inversión privada antes que la intervención vigilante de empleados del Estado en una serie de materias en los que estos no son necesarios; y *(v)*, para más

de diez mil causas rezagadas y las nuevas que llegan año por año, un régimen de justicia provisional, esto es, de medidas cautelares que impidan el agravamiento de la situación en la que se encuentran los usuarios del servicio de justicia al momento de presentar su demanda, para que la demora en la tramitación de los procesos no comporte violación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

La oralidad que introdujo el nuevo Código Orgánico General de Procesos que entró en vigencia en mayo de 2016 contribuirá a acelerar la tramitación del juicio, pero no ayudará a resolver el problema. La tramitación más expedita a través de audiencias orales significará un mayor número de causas en estado de sentencia, pero no necesariamente de causas resueltas; y las que alcancen a resolverse no asegurarán la calidad de la decisión jurisdiccional ni una aplicación ponderada del principio de legalidad, puesto que la obligación de expedir sentencia en la audiencia de juicio terminará por banalizar las decisiones jurisdiccionales lo que supondrá mayor conflictividad social por denegación de justicia.

2.3.3. Retardo en la tramitación de los recursos de casación

La demora y acumulación de procesos se enfoca, ordinariamente, como una dificultad que ocurre en los tribunales distritales, sin dar atención suficiente al retardo que se produce en la Sala de lo Contencioso Administrativo de la hoy denominada Corte Nacional de Justicia⁷³, en la que se presentan dilaciones no menos preocupantes que en los órganos inferiores. Entre las razones que explican este retardo podrían mencionarse al menos tres: (i) la inestabilidad en la integración de este alto tribunal de justicia que interrumpen el despacho de causas que son elevadas día por día para conocimiento de los jueces nacionales; (ii) la tergiversación que se ha hecho del recurso de casación, mediante la impugnación indiscriminada de toda sentencia que expiden los tribunales distritales; y, (iii) la ausencia de calificación técnica y oportuna de recursos de casación, que filtre y reduzca el trabajo que llega para despacho de

73 Una de las novedades que introdujo la Constitución de 2008 es la sustitución del nombre “Corte Suprema de Justicia” por “Corte Nacional de Justicia”. Resulta llamativo que ese ímpetu refundacional que inspiró a los constituyentes de Montecristi no les alcanzó para reformar el carácter de tribunal de casación que, con acierto, establecieron para la Corte Suprema de Justicia las reformas de 1992, y que hayan aquietado su espíritu de cambio a un nombre para la Corte solamente, abandonando aquella denominación que habíamos adoptado los ecuatorianos por más de ciento setenta y cinco años, desde la Constitución de Ambato de 1835 (Ver Art. 75). Un elemento consustancial del Estado de Derecho, como es su más alto tribunal de justicia, demanda regularidad y estabilidad institucional y desde tal perspectiva no se ve la conveniencia de haber cambiado la denominación a Corte Nacional de Justicia por el solo hecho de presentar una imagen asociada al supuesto “cambio”. Los cambios que exige la administración de justicia sin duda deben hacerse, pero haber cambiado porque sí el nombre de las pocas instituciones centenarias del Ecuador para presentar una imagen políticamente transformadora es, desde mi punto de vista, un acto de irresponsabilidad histórica e institucional.

los jueces nacionales. Con relación a este tema, comento más adelante la Resolución No. 06-15⁷⁴ expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, que atribuye a los conjueces la calificación de los recursos de casación.

La primera causa tiene relación con la escasa formación de la clase política ecuatoriana y una costumbre hoy más desvergonzada que antes, de fracturar la estabilidad de la Función Judicial cada vez que los intereses de un sector político así lo aconsejan. Esta práctica de infringir las reglas de la juridicidad se revela en ese arrebató por controlar la justicia a cualquier costo, para asegurar resultados favorables al interés político o económico: en unos casos para vender influencias como si se tratase de un negocio particular, en otros para resguardar a los protegidos por el poder y retribuir con protección judicial las inmoralidades que cometen en nombre de una mal entendida “lealtad”, o finalmente, para perseguir o eliminar políticamente a los adversarios. Destituir a ministros jueces en funciones y designar otros más allegados al poder de turno se convirtió en una práctica recurrente en los últimos veinte años.

En 1994⁷⁵, 1997⁷⁶, 2004⁷⁷, 2008⁷⁸ y en 2011⁷⁹, se destituyeron magistrados en fun-

74 Resolución No. 06-15 expedida por el Pleno de la Corte Nacional de Justicia, publicada en el Registro Oficial 517 de 8 de junio de 2015.

75 La reforma constitucional de 1992 (Ley 20, Registro Oficial 93-S, 23-12-1992) introdujo la práctica truculenta de la transitoriedad, para que la clase política de turno pudiera medrar y hacerse con el control de la Función Judicial. Así, mediante las Disposiciones Transitorias Tercera, Cuarta y Quinta se previó la atribución del Congreso Nacional de designar a los treinta nuevos Magistrados que integrarían la Corte Suprema de Justicia, veinte por su propia iniciativa y diez de la lista que remitió el Presidente de la República, y a sus respectivos conjueces. Y mediante una simple Resolución Legislativa (R. O. 532, 22-09-1994) se puso en vigencia un Reglamento para la Renovación Parcial de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia que daría paso a una nueva integración de esa Corte.

76 Mediante consulta popular de 25 de mayo de 1997, los ecuatorianos se pronunciaron favorablemente por la “modernización” de la Función Judicial y la reforma en el sistema de designación de magistrados. A partir de este pronunciamiento, las nuevas fuerzas políticas que controlaban el Congreso Nacional encontraron oportunidad para cesar a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y fijar un procedimiento que permitiría una nueva designación (R. O. 120, 31-07-1997). Esto se hizo recurriendo nuevamente al truco de la “transitoriedad”, es decir, añadiendo disposiciones transitorias a la Constitución Política.

77 El nuevo golpe de Estado en la Función Judicial se produjo en diciembre de 2004 (R. O. 485, 20-12-2004), en que la Función Legislativa dictó la Resolución No. 181 por la que declaró cesante en sus funciones a los magistrados de la Corte Suprema de Justicia y designó nuevos magistrados.

78 Al igual que en los anteriores golpes de Estado que reorganizaron a la Corte Suprema de Justicia, con la expedición de la Constitución de 2008, la fuerza política hegemónica aprendió bien el legado de la corrupción política y utilizó la coartada de la “transitoriedad” para cesar jueces y acomodar la Corte a intereses de coyuntura. La Asamblea Constituyente de Montecristi elaboró el denominado “Régimen de Transición de la Constitución de la República del Ecuador” (R. O. 449, 20-X-2008), como un conjunto de normas encapsuladas en la Constitución de 2008 para aprobación mediante sufragio popular. El Art. 21 de este “Régimen de Transición” declaró terminados los períodos de los magistrados que habían sido designados mediante un concurso de oposición y méritos, en el año 2005 y señaló que el Consejo Nacional Electoral organizará un sorteo público de entre los treinta y un magistrados cesados para escoger veinte y un jueces “hasta que se designe a los titulares”.

79 Mediante consulta popular de 7 de mayo de 2011, ocurrió un nuevo proceso de sustitución de jueces, el sexto desde las reformas constitucionales de 1992. En esta ocasión, un Consejo de la Judicatura de Transición llevó adelante

ciones para sustituirlos por otros y estos cambios provocaron inestabilidad en la administración de justicia e inseguridad jurídica porque la sustitución de jueces trajo consigo alteración en los criterios aplicados en los fallos de casación. Adicionalmente se han provocado largos períodos de paralización del trabajo de las salas y la consecuente acumulación de procesos en el más alto tribunal de justicia, que ha determinado, en un sinnúmero de casos, que el trámite de los recursos de casación haya tomado más de cinco años.

El segundo motivo de los retardos que se producen en la Sala de lo Contencioso Administrativo tiene que ver con el hábito de plantear recursos de casación contra toda sentencia desfavorable que pudiese afectar a entidades de derecho público —sin desconocer que esta práctica también se da en la defensa de sujetos de derecho privado—, ocupando el trabajo de los jueces nacionales respecto de un número indeterminado de sentencias que no ameritan ser casadas. En el caso de las entidades públicas que litigan, esta práctica se origina en un discutible criterio de responsabilidad civil que la Contraloría General del Estado pretende imputar a los abogados que no interpongan contra fallos desfavorables todos los recursos previstos en el ordenamiento jurídico.

El resultado de esta inaceptable distorsión jurídica es que la Sala de Jueces Titulares y la de Conjueces de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia debe resolver recursos de casación interpuestos contra centenares de sentencias pronunciadas por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, Guayaquil, Portoviejo, Cuenca, Loja y Ambato. La creación de una Sala de Jueces Temporales u otra de Conjueces en la Corte Nacional, no ha sido suficiente para dar solución satisfactoria a la acumulación de juicios que llegan de todos los tribunales distritales del país.

Un tercer motivo de este problema se produce porque ni en los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo ni en la Corte Nacional se asume con suficiente dedicación y seriedad la calificación previa del recurso de casación, en la forma prevista en la ley para que, al momento de resolverlo, la Sala conozca únicamente los que estén debidamente fundamentados, sin distraer su tiempo en aspectos de forma del recurso de casación, que bien pueden ser analizados por los propios tribunales distritales. Era frecuente encontrar sentencias de casación en las que la Sala ocupaba su atención en negar recursos por causas que pudieron haber sido rechazadas al momento de su calificación.

el proceso de designación de jueces de la Corte Nacional de Justicia que se ha visto empañado por la forma en que al menos siete jueces alcanzaron su designación mediante discutibles procedimientos en la asignación de puntos.

Las estadísticas de procesos tramitados por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, con relación al tiempo que toma su despacho, confirman la conclusión precedente. De los primeros treinta y cinco fallos de casación expedidos por esa Sala en el período mayo-diciembre de 2012, la tramitación de los recursos de casación tomó entre 24 y 30 meses de promedio, esto es, más de dos años contados desde el momento en que se presentó el respectivo recurso ante el tribunal distrital, hasta la sentencia que dictó la Sala de casación.

Es de subrayar que ese tiempo (24 a 30 meses de promedio) disminuiría —aunque no de modo importante— si se tiene en cuenta que el recurso de casación se inicia con el auto de calificación que hace la Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia. Sin embargo, esta precisión es irrelevante visto el derecho del justiciable a recibir una tutela jurisdiccional pronta y efectiva, independientemente de si la demora ocurre en el Tribunal Distrital o en la Corte Nacional de Justicia, porque el problema es el transcurso del tiempo que en todos los casos corre desde que se dictó la sentencia que puso fin a la controversia hasta que la Sala Especializada de la Corte Nacional hace el pronunciamiento definitivo, sin que sea relevante para el justiciable si la demora ocurre en el Tribunal Distrital o en la Corte Nacional.

Esta situación de por sí grave, presenta sin embargo más elementos perniciosos que la han tornado catastrófica. Si el fallo de casación llegare a confirmar una decisión en contra del Estado, el juicio contencioso administrativo probablemente no termine allí. La controversia podría prolongarse por uno o dos años más si se interpusiere una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional.

Las explicaciones precedentes permiten señalar que, en un proceso contencioso administrativo, se dan todas las condiciones para la infracción del principio de celeridad procesal consagrado constitucionalmente (Art. 169) y desarrollado por el Art. 17 la Ley de Casación desde su expedición en 1993. La dilatada tramitación del recurso de casación más la eventual acción extraordinaria de protección (entre doce y veinte y cuatro meses) ha venido a agravar una situación de virtual denegación de justicia, no obstante que el Art. 17 de la Ley de Casación prevé que el despacho de esta clase de recursos se hará en un término de noventa días (aproximadamente cuatro meses), más un día por cada cien fojas⁸⁰.

80 Codificación de la Ley de Casación (R. O. 299-S, 24-03-2004): “Art. 17.- TÉRMINO PARA DESPACHAR EL RECURSO.- La Sala correspondiente de la Corte Suprema de Justicia, despachará el recurso en el término de noventa días más un día por cada cien fojas, luego de lo cual a solicitud de parte, el recurso podrá ser remitido a la Sala de Conjuces que deberán despacharlo necesariamente en el término antes indicado”.

La tutela judicial en el recurso de casación sería efectiva si el trámite tomara un período razonable de cuatro meses como prevé la ley y la solución del problema no pasa porque los conjuces rechacen la admisibilidad de más del 80% de recursos de casación que se interponen fijándose el propósito, jurídicamente inaceptable, de disminuir la carga de trabajo de la Sala de Jueces Titulares. La realidad en esta materia escarnea al derecho constitucional por estas circunstancias recurrentes, en que la Sala de lo Administrativo del más alto tribunal de justicia debe desenvolver su trabajo. Para esta sigue siendo imposible despachar expedientes de casación en períodos menores a dieciocho o veinte meses, porque el sistema como tal, desde hace varios años viene menoscabando la celeridad procesal. Mientras el afectado por una sentencia desnaturalice a la casación para convertirla en apelación y persevere en la mala práctica —principal pero no exclusivamente del Estado— de proponer recursos de casación contra toda sentencia desfavorable, la duración de los procesos en la Corte Nacional será cada vez más preocupante.

Por su parte, el incremento del número de jueces en los tribunales distritales, lejos de solucionar el problema, lo agravará aún más. Si los fallos de los Tribunales Distritales son impugnados vía casación en número considerable de casos resueltos, mientras más sentencias se expidan —porque hay más jueces designados en los tribunales distritales—, mayor será la concentración de expedientes de casación en la Sala Única de la Corte Nacional de Justicia.

Sobra mencionar que una Sala de Conjuces y otra de Jueces Temporales en la Corte Nacional fue una medida parcial de desfogue transitorio de procesos, que no contribuyó a eliminar la bacteria que desde hace mucho tiempo mutó en virus estructural de nuestro sistema de administración de justicia. Esta pretendida solución, la de crear salas de conjuces o jueces temporales, generó mayor inseguridad jurídica. La existencia de al menos tres salas especializadas de lo contencioso administrativo en la Corte Nacional de Justicia como ocurrió hasta 2013, revelará una insalvable disparidad de criterios que surgirán respecto de un mismo punto de derecho, resuelto en un sentido por la Sala de Casación, y en otro por la Sala de Jueces Temporales o la de Conjuces de la Corte Nacional de Justicia.

Si el propósito que inspira al recurso de casación, extraordinario por naturaleza, ha sido el de unificar la jurisprudencia y, en el ámbito contencioso administrativo, fijar precedentes de aplicación de la ley en la relación jurídico administrativa, el funcionamiento permanente de una Sala de Casación, otra de Jueces Temporales y una Tercera de Conjuces se apartó completamente de la finalidad que motivó al

constituyente de 1992, de convertir a la Corte Suprema de Justicia en un tribunal de casación.

En síntesis, la sobrecarga de trabajo que soporta esa Sala especializada de la Corte Nacional de Justicia seguirá determinando, fatalmente, que la tramitación de un recurso de casación se haga en períodos cuatro o cinco veces más amplios que el de “noventa días término” señalado en la ley, y todo esto agravado por la denominada acción extraordinaria de protección introducida por la Constitución de 2008 que se está constituyendo en uno de los elementos más perturbadores que afectan no solamente a la celeridad procesal sino a la credibilidad de la administración de justicia.

2.3.4. La acción extraordinaria de protección y la degradación del contencioso administrativo y del contencioso tributario

La Constitución de 2008 presenta tres características en lo que a su contenido se refiere: la primera, viene teñida de una filosofía de corte colectivista, panteísta, que impregna todo de dicha cosmovisión, desde los derechos de las personas hasta la instituciones del Estado; la segunda, es declarativa e innecesariamente reiterativa en materia de derechos y garantías; la tercera, es invasiva de la libertad porque, a través de la filosofía colectivista que proclama y el establecimiento de un Estado omnicompreensivo, costoso y providente, no se compadece con los derechos consagrados en un sinnúmero de artículos. En otras palabras, al tiempo que reconoce la autonomía y libertad de los individuos, los diluye en la filosofía colectivista que proclama y en la implantación de esa estructura estatal desbordante que resulta incompatible con tales derechos y garantías.

A escasos ocho años de vigencia de la Constitución de 2008, la erosión de la institucionalidad, el incremento de prácticas de corrupción, el deterioro de las libertades públicas, el Estado costoso y quebrado, el menoscabo de la autoridad de los jueces y la entronización de potestades jurisdiccionales a favor de una Corte Constitucional controlada por la Función Ejecutiva del Estado, son pruebas que aconsejan un profundo y urgente replanteamiento de las normas constitucionales.

En lo que corresponde a esta materia, hasta antes de la Constitución que entró en vigencia el 20 de octubre de 2008 el proceso contencioso administrativo y contencioso tributario terminaban con sentencia expedida por las Salas de los Tribunales Distritales o la Sala especializada de lo Administrativo o de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia.

La Constitución en vigencia, uno de los botones demostrativos de la deficiencia jurídica que desde hace años contamina al Derecho en Ecuador, introdujo una institución tan novedosa como inconveniente: la acción extraordinaria de protección. Aunque esta garantía jurisdiccional haya sido tomada del derecho comparado, los años han mostrado que su aplicación práctica no contribuye a la realización del derecho constitucional porque su aprobación no vino precedida de una reflexión suficiente que hubiere analizado cómo se desenvuelve la administración de justicia y el quehacer de los abogados en nuestro país.

Independientemente del interés académico que puedan despertar los resultados de cualquier instituto del derecho en determinados países, un legislador constituyente responsable no puede trasladar tales institutos a nuestro ordenamiento sin aquilatar, con una ponderada reflexión jurídica, el efecto que esos institutos puedan tener en la realidad judicial del Ecuador. En mi opinión, la acción extraordinaria de protección es fruto de la improvisación, la novelería y la actitud autosuficiente de los asambleístas constituyentes de Montecristi y de esa clase política que emergió en 2007, que impregnados de un mística pretendidamente transformadora no reparó en las consecuencias que la novedosa y atractiva *acción extraordinaria de protección* podía provocar en el sistema jurídico ecuatoriano, pese a las opiniones bien sustentadas que en esos momentos desaconsejaban, unánimemente, la introducción de esta pretendida “garantía jurisdiccional” para impedir la secuela de desinstitucionalización de la justicia, como en efecto no tardó en ocurrir.

Este es el contexto en el que debemos entender los cambios que a partir de 2008 ocurrieron en la jurisdicción contencioso administrativa y contencioso tributaria, con la creación de la acción extraordinaria de protección (Arts. 94 y 437): los procesos correspondientes a estas materias no terminan ya con la sentencia de las salas especializadas de la Corte Suprema de Justicia. Tales decisiones pueden seguir impugnándose ante la Corte Constitucional, bajo el vaporoso argumento de que se han violado derechos constitucionales, como si los jueces distritales o las Salas especializadas no pudieran controlar el respeto de las garantías del debido proceso en el trámite de un juicio o la constitucionalidad de sus decisiones y, fuere necesario tutelarlos con una nueva instancia, en la práctica más política que jurídica, fiscalizadora del trabajo de los jueces.

Para enfocar esta crítica, haré referencia a tres aspectos: el primero, la inconsistencia normativa que trae la Constitución; el segundo, la tergiversación que el Estado hace de la garantía jurisdiccional, en su propio beneficio; y, el tercero, la dilución del

contencioso administrativo y del contencioso tributario, de su trascendencia como jurisdicción especializada.

1.2.3.1. Inconsistencia normativa⁸¹

En la Constitución de 2008, la acción extraordinaria de protección está regulada en dos normas: en el Art. 94 que trata de las garantías jurisdiccionales, por tanto, inserta en el capítulo referido a la acción de protección, *habeas data*, *habeas corpus*, acceso a la información pública y acción de incumplimiento; y, en el Art. 437 que se refiere a las atribuciones de la Corte Constitucional. Este defecto de la carta constitucional menoscaba entre otros aspectos, la seguridad jurídica que exige el desenvolvimiento del contencioso administrativo y del tributario, porque las normas referidas no son claras y regulan un mismo aspecto con disposiciones distintas.

El Art. 94⁸² señala que la acción extraordinaria procede contra (i) sentencias y (ii) autos definitivos en los que se hubieren violado derechos constitucionales; y que solamente procederá cuando se hubieren agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro de los términos previstos en la ley.

Del texto de la norma constitucional, llama la atención el error en que incurre la segunda parte del artículo, de considerar a la “acción” extraordinaria de protección como si se tratase de un “recurso” después de que ya lo ha definido como una “acción”. Por su parte, el Art. 437⁸³, en lugar de describir una atribución de la Corte Constitucional como corresponde a las demás disposiciones insertas en ese Capítulo, reitera, inexplicablemente, la descripción de la acción extraordinaria de protección como garantía jurisdiccional, cuando esa disposición ya consta establecida en el comentado Art. 94.

81 Este análisis ha sido tomado, en sus líneas fundamentales, de un artículo que preparé para la *Revista del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje*. Edgar NEIRA ORELLANA. “La Constitución de 2008 y el Arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surgen antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación”. *Revista del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje* No. 2 (2012), pp. 34-63.

82 Constitución de la República: “Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado”.

83 Constitución de la República: “Art. 437.- Los ciudadanos, en forma individual o colectiva, podrán presentar una acción extraordinaria de protección contra sentencias, autos definitivos y resoluciones con fuerza de sentencia. Para la admisión de este recurso la Corte constatará el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. Que se trate de sentencias, autos y resoluciones firmes o ejecutoriados; 2. Que el recurrente demuestre que en el juzgamiento se ha violado, por acción u omisión, el debido proceso u otros derechos reconocidos en la Constitución”.

Lo curioso es que esta reiteración inconsulta contiene una redacción distinta de la del artículo 94, pues mientras esta última norma fija el objeto de la acción extraordinaria únicamente a las sentencias y a los autos definitivos, el artículo 437 se refiere de manera más amplia a las “resoluciones con fuerza de sentencia”.

¿Qué explicación debemos dar al hecho de que existan dos normas constitucionales que versan sobre una misma materia, pero con redacción distinta?; ¿cómo entender que además del artículo 94 que ya deja establecida la garantía de la acción extraordinaria de protección en la parte dogmática de la carta constitucional, se haya incluido el artículo 437 para reiterar esa misma garantía, pero en la parte orgánica? ¿No habría sido más apegado a la técnica legislativa que el sentido del artículo 437 sea fijar una atribución para la Corte Constitucional, antes que redundar en la descripción de la garantía jurisdiccional ya consagrada en el artículo 94? Es altamente probable que esta irregularidad que encontramos en el texto del artículo 437 de la Constitución no sea atribuible a un error del legislador constituyente de Montecristi, sino a esos inconfesables episodios de inmoralidad y corrupción que rodearon la aprobación de los textos finales de la Constitución de 2008.

El Art. 437, con una redacción defectuosa, contiene dos partes y en cada una de ellas alude a resoluciones jurisdiccionales diversas: en la primera parte se refiere a (i) sentencias, (ii) autos definitivos y, (iii) “resoluciones con fuerza de sentencia”. Pero, en la segunda parte, cuando se refiere a los requisitos de procedibilidad establece algo distinto: exige que la Corte Constitucional, antes de admitir a trámite el recurso, deberá verificar que se trate de (i) sentencias, (ii) autos y (iii) “resoluciones firmes o ejecutoriados”.

La segunda parte ya no se refiere a los autos definitivos, menciona de manera general a los “autos” es decir, a lo que el Art. 270 del Código de Procedimiento Civil definía como la resolución de los jueces sobre cualquier incidente de un juicio; y tampoco menciona a las “resoluciones con fuerza de sentencia” sino a “resoluciones firmes y ejecutoriadas” y en esta última categoría podrían incluir un amplísimo género de decisiones administrativas así calificadas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva y el Código Tributario que regulan resoluciones que, bajo determinadas circunstancias, alcanzan firmeza o ejecutoriedad.

Sobre la base de que el artículo 437, ¿cabría aceptar que cuando la Constitución se refiere a las “resoluciones firmes o ejecutoriadas” quedó comprendida cualquier

decisión adoptada por los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo o de lo Contencioso Tributario? La inconsistencia del artículo genera inseguridad respecto de la atribución que, en cualquier momento, la Corte Constitucional pudiera invocar para decidir respecto de toda providencia firme o ejecutoriada de los tribunales distritales y aún, decisiones puramente administrativas.

Por otro lado, cuando se exige la “demostración de haber agotado los recursos ordinarios y extraordinarios” como un requisito de procedibilidad de la acción (Ley de Garantías Jurisdiccionales Art. 61 No. 3), se debe tener presente que hay decisiones de los Tribunales Distritales no susceptibles de casación, como las sentencias pronunciadas en juicios que no son de conocimiento (procesos coactivos). En estos casos, en que la Corte Constitucional no podría imponer el agotamiento del recurso extraordinario de casación, estamos frente a una situación legalmente ambigua, que no aporta certeza respecto de ciertas decisiones de los Tribunales Distritales, pues a unas sí les sería exigible el agotamiento del recurso extraordinario de casación y a otros no.

2.4.4.2. Tergiversación de la acción extraordinaria de protección

El Estado y las entidades públicas, antes que titulares de derechos, son titulares de prerrogativas, de potestades que el sistema jurídico ha creado para precautelar el ejercicio de sus atribuciones. La presunción de legitimidad de las decisiones administrativas y el principio de ejecutividad de los actos que expiden las administraciones públicas, son privilegios que la ley ha establecido para asegurar al Estado el cumplimiento de sus fines⁸⁴. El principio de autotutela se inscribe en esas prerrogativas de los órganos del poder público investidos de la atribución de hacer cumplir sus disposiciones, por sí mismos, sin tener la necesidad de acudir a los jueces para el efecto, a diferencia de lo que ocurre con cualquier sujeto de derecho privado que no puede, por sí mismo, imponer sus decisiones sin acudir previamente al juez para que declare su derecho y ordene su ejecución.

En su actividad, son las administraciones públicas que integran el Estado las que puede violar derechos reconocidos en la Constitución y, contra esas violaciones, los afectados, sujetos de derecho privado, son los que pueden plantear cualquiera de las

⁸⁴ Aunque, en lo personal, no encuentro justificación a la presunción de legitimidad de los actos administrativos ni al principio de ejecutividad porque considero que tales construcciones teóricas pudieron haberse explicado en otras épocas y hoy en día colisionen abiertamente con la doctrina de los derechos humanos, no puedo desconocer que así es como está estructurado nuestro sistema y por ello las reflexiones de este libro se enmarcan en el ámbito del Derecho Administrativo tal como viene regulado en el sistema jurídico del Ecuador.

garantías jurisdiccionales para precautelar sus derechos. Es decir, aunque los sujetos de derecho privado no cuentan con prerrogativas de derecho público, el sistema jurídico les reconoce el derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales para precautelar la violación de sus derechos por parte del Estado o de particulares cuando estos son concesionarios de un servicio público.

En el ámbito de lo contencioso administrativo y tributario, los sujetos de derecho privado accionan en contra del Estado, para oponerse a actuaciones o decisiones administrativas que infringen la legalidad. Por eso, si la sentencia llegare a violar derechos constitucionales, son esos sujetos privados los legitimados activos para plantear una acción extraordinaria de protección.

El hecho más grave se ha producido porque el Estado ha decidido utilizar esta acción extraordinaria de protección, alegando violación de derechos constitucionales como si fuera legitimado activo para plantear una acción de garantías jurisdiccionales. La acción extraordinaria de protección, al igual que la acción de protección, la de cumplimiento, *habeas corpus* y *habeas data* pueden ser planteadas por personas naturales o jurídicas de derecho privado, pasibles de una violación de derechos constitucionales. No de otra manera puede entenderse el Art. 59 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional⁸⁵, cuando señala que esta acción puede ser interpuesta “por cualquier persona o grupo de personas”, porque los derechos reconocidos en la Constitución son derechos de las personas, no de los entes de Derecho Público. Más aún, el Art. 437 de la Constitución señala que los legitimados activos de esta acción extraordinaria son los ciudadanos.

La pregunta que cabe formular es si el Estado, como parte procesal en un juicio contencioso administrativo o contencioso tributario, ¿es titular de derechos constitucionales? ¿Puede el Estado ser un legitimado activo para exigir que estos derechos constitucionales, por ejemplo a un debido proceso, se cumplan? En mi opinión, las dos preguntas tienen respuesta afirmativa, el Estado, como parte procesal, es titular del derecho a un debido proceso, a que se respete su derecho de defensa, de contradicción y de actuación de pruebas de descargo, de que sea oído en iguales condiciones que sus contrapartes procesales, pero de ello no se deriva una legitimación activa que la Constitución no le ha reconocido para plantear acciones de garantías

85 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. “Art. 58.- La acción extraordinaria de protección tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales y del debido proceso en sentencias, autos definitivos, resoluciones con fuerza de sentencia, en los que se hayan violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución”.

jurisdiccionales como es el caso de la extraordinaria de protección, dado que el Art. 437 fija claramente que este es derecho de los ciudadanos.

Resulta jurídicamente inadmisibles que las acciones que plantea el Estado cuando acude a la Corte Constitucional, se refieren a supuestas violaciones de derechos constitucionales en el fondo de lo decidido por los jueces contencioso administrativos o contencioso tributarios. El Estado no es legitimado activo para plantear garantías jurisdiccionales invocando la violación de su derecho constitucional.

A partir de esta tergiversación inaceptable, hemos visto como el Servicio de Rentas Internas ha inventado violaciones de derechos constitucionales para revocar sentencias que resultaban inconveniente a sus intereses y alcanzar del Consejo de la Judicatura la destitución de jueces de la Corte Nacional de Justicia; o acciones jurídicamente inexplicables de la Corte Constitucional en que decidió destituir a los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Tributario con sede en Portoviejo y dejar ese distrito sin jueces, porque, en su entendimiento, se habría concedido un recurso indebidamente.

A continuación analizaré algunos aspectos de orden práctico.

2.3.4.3. La acción extraordinaria de protección en la práctica

En este acápite se analizan algunas cifras que muestran cómo se está ejerciendo en la práctica, la proclamada protección de los derechos constitucionales y el denominado “garantismo” instituido por la Constitución de Montecristi.

En el cuadro expuesto a continuación se aprecia el total de acciones extraordinarias de protección ingresadas en distintos períodos, desde el 2008 hasta el 2014: cuántas fueron admitidas a trámite, cuántas inadmitidas y rechazadas y el número total de sentencias y dictámenes expedidos por la Corte Constitucional.

CAUSAS INGRESADAS

Acciones extraordinarias de protección

Período 2008-2015	Causas ingresadas	Admitidas	Inadmitidas y rechazadas	Sentencias y dictámenes
Octubre 2008/2010	2320	231	2089	313
2011	1137	231	906	
Noviembre 2012/ septiembre 2013	2388	505	1501	601
Octubre 2013 / octubre 2014	3296	723	2030	347
TOTAL	9141	1690	6526	1261

Fuente: Informes de rendición de Cuentas de la Corte Constitucional

En el período comprendido entre octubre de 2008 y octubre de 2014, habrían ingresado un total de 9141 acciones extraordinarias de protección, esto es, un promedio de 1523 demandas por año.

Bajo el procedimiento de calificación de las acciones extraordinarias de protección previsto en el Art. 62 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de ese total, solamente el 18,4% de demandas alcanzaron una decisión de fondo del Pleno de la Corte Constitucional, mientras que el 71,39% restante fueron acciones inadmitidas o rechazadas.

Se debe aclarar que las causas admitidas e inadmitidas comprenden no solamente acciones extraordinarias de protección sino otro tipo de decisiones que son de competencia de la Corte Constitucional (acciones por incumplimiento, consulta de normas, consulta popular, dirimencia de competencia, inconstitucionalidad, reforma constitucional), pero sumadas todas estas en ningún caso superan el 9%⁸⁶, de manera tal que estas cifras constituyen una muestra aproximada de la realidad que se analiza, en la que más del 70% de acciones extraordinarias de protección serían inadmitidas a trámite o rechazadas.

⁸⁶ Según cifras proporcionadas por la Secretaría General de la Corte Constitucional y que constan publicados en sus informes de rendición de cuentas anuales, las acciones extraordinarias de protección representaron un 91% del total de causas ingresadas en el período noviembre de 2012-septiembre de 2013; y el 92% del total de acciones ingresadas en el período octubre de 2013 a octubre de 2014.

Pero la tergiversación de esta acción, que aconseja su inmediata eliminación de la Constitución de la República, queda en evidencia cuando se analizan las cifras de las acciones extraordinarias de protección propuestas por el Estado, teniendo presente que el Estado carece de legitimación activa para proponer acciones extraordinarias de protección según prevé el Art. 437 de la Constitución.

En una interesante publicación hecha por la Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional⁸⁷ se revela que, a partir de causas resueltas entre noviembre de 2012 y el primer trimestre del 2015, los entes de derecho público accionantes representaron el 40,52% mientras que los sujetos de derecho privado un 58,61% del total de demandantes de una acción extraordinaria de protección, y que hubo un 0,87% de decisiones que correspondieron a demandas presentadas por accionantes públicos y privados conjuntamente⁸⁸.

En esta publicación de la Secretaría Técnica Jurisdiccional, se deja en evidencia que, cuando el accionante es un ente de derecho público, se pronunciaron sentencias que aceptaron dichas acciones en un 68,9% y se negaron solamente en un 31,03%; mientras que si los accionantes fueron sujetos de derecho privado, de aquellos que alcanzaron a superar el filtro de la Sala de Admisiones, la Corte habría negado el 53,4% de las acciones presentadas y aceptado solamente el 46,58%.

En el número de acciones inadmitidas y rechazadas están comprendidas acciones de protección, demandas de inconstitucionalidad y otras que se plantean a este Tribunal. De igual manera las causas resueltas comprenden sentencias y dictámenes pronunciados en otras materias, sin embargo, dada la importancia cuantitativa que las acciones extraordinarias de protección tienen en el conjunto de causas y peticiones que ingresan en la Corte, pues representan más del 90% de las ingresadas, se puede concluir que los porcentajes de inadmisión y rechazo son escandalosamente altos.

87 CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *“Una lectura cuantitativa y cualitativa de las decisiones del Tribunal Constitucional a la primera Corte Constitucional”*. Serie 6 Jurisprudencia Constitucional, Quito, junio de 2015, pp. 41-66.

88 Es de subrayar que estos porcentajes comprenden no solamente acciones extraordinarias de protección, sino acciones de cumplimiento de sentencias, dictámenes de constitucionalidad, etc. pero las acciones extraordinarias representaron aproximadamente el 90% de las causas que ingresan en la Corte y por ello se puede concluir que las cifras son una aproximación objetiva de estas conclusiones.

SENTENCIAS PRONUNCIADAS POR LA CORTE CONSTITUCIONAL 2012-2015

TIPO DE ACCIONANTE	DEMANDAS ACEPTADAS	DEMANDAS RECHAZADAS	TOTAL SENTENCIAS
Estado, entes de derecho público	77	33	110
Ciudadanos y personas de derecho privado	131	139	270
TOTAL	208	172	380

Fuente: Secretaría Técnica Jurisdiccional de la Corte Constitucional

En el señalado período (noviembre de 2012 y marzo de 2015), de 139 sentencias pronunciadas por el Pleno de la Corte Constitucional, hubo 139 sentencias desfavorables a sujetos de derecho privado accionantes y 131 sentencias que fueron favorables a estos; mientras que en las sentencias dictadas en acciones planteadas por entes de derecho público fueron aceptadas 77 demandas y negadas en 33 ocasiones.

A partir de las cifras expuestas bien podríamos concluir que de cada 100 acciones en que sujetos de derecho privado (ciudadanos y personas jurídicas privadas) plantean una acción extraordinaria de protección, solamente 18 estarían superando la fase de admisión y de ellas, 10 serían negadas y solamente 8 alcanzarían una decisión favorable que reconozca violación de derechos constitucionales en una sentencia; mientras que el Estado —que no tiene calidad de legitimado activo para plantear la acción extraordinaria de protección— está mejor protegido que los ciudadanos, pues representando el 40,6% de los accionantes, sus demandas son aceptadas en un 70% aproximadamente. Esto significa que de cada 100 acciones extraordinarias de protección que presenta el Estado, al menos 40 superarían el filtro de la Sala de Admisiones y de ellas 28 serían aceptadas mediante una decisión de fondo del Pleno de la Corte Constitucional frente a 8 de las acciones propuestas por sujetos privados. En otras palabras, en el período noviembre de 2012 a marzo de 2015, las acciones presentadas por entes de derecho público reciben mejor protección constitucional que los ciudadanos.

Todas estas cifras estadísticas abundan en la demostración de la inconveniencia de la acción extraordinaria de protección, que no protege derechos constitucionales de las personas, que disminuye y degrada la autoridad y especialización para decidir que han tenido las Salas de lo Contencioso Tributario y de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia.

En la práctica, la acción extraordinaria de protección prolonga innecesariamente el debate jurídico de estas materias sometiéndolas a la apreciación de una Corte Constitucional preocupada del establecimiento de una ideología antes que de la aplicación del derecho, y en la promoción de una suerte de *ius* estatismo al servicio del poder público, en el desconocimiento del derecho individual bajo el ideal de que el Estado y cualquier otra sugestión colectiva, por sí, encarna la versión más sublime del interés general. De los casos que he analizado, se advierte que, en lo que al derecho administrativo o tributario se refiere, las resoluciones de la Corte Constitucional están muy lejos del acierto jurídico y muy cerca de la tergiversación interesada de las normas.

2.3.5. El abandono de causas: un refinado método de denegación de justicia

En la opinión del autor de estas reflexiones, el instituto del abandono en el ámbito de lo contencioso administrativo se ha convertido en la coartada de la denegación de justicia. Tal como está regulado en los Arts. 245 a 249 del Código Orgánico General del Procesos, podría, en un número no definido de casos, comportar incumplimiento de la obligación internacional que el Estado ecuatoriano asumió en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos y —atendiendo las circunstancias específicas de cada proceso declarado abandonado— generar responsabilidad a los jueces distritales que utilizan esta figura para deshacerse de trabajo o calificar con un mejor puntaje en la evaluación cuantitativa que lleva adelante el Consejo de la Judicatura.

A continuación, analizaré brevemente en qué consiste el instituto del abandono y luego cuál ha sido su aplicación en el contencioso administrativo.

2.3.5.1. El abandono del proceso: aspectos generales

El abandono es un desistimiento tácito o la separación que se hace de la demanda o del recurso interpuesto, cuando el accionante o el recurrente dejan pasar los plazos previstos en la ley, sin promover la acción o la instancia. Separación tácita y paso del tiempo son los dos elementos que definen al abandono conforme los Arts. 373 y 384 del Código de Procedimiento Civil, también recogidos en el Art. 245 del recientemente expedido Código Orgánico General de Procesos (COGEP), aunque se advierten algunas diferencias.

El Código de Procedimiento Civil que venía rigiendo en Ecuador desde 1978, establecía previsiones más favorables a la tutela efectiva y al derecho de defensa. El

hoy derogado Código estableció que el abandono de la instancia no impedía “que se renueve el juicio por la misma causa” (Art. 387) mientras que el COGEP impone una regla contraria: “No podrá interponerse nueva demanda” (Art. 249, inc. 2). Otra diferencia está en el plazo requerido para tal declaratoria: en el derogado Código de Procedimiento Civil, era ciento ochenta días (Art. 386) mientras que en el nuevo COGEP es ochenta días solamente (Art. 245). ¿Qué razones aconsejaron al legislador ecuatoriano endurecer el instituto del abandono y restringir los plazos en perjuicio de los accionantes y recurrentes? En mi opinión, ninguna consideración de técnica jurídica pero sí una de conveniencia práctica. La acumulación de procesos que en los últimos años ha provocado una parálisis en la administración de justicia, llevó al legislador a improvisar un remedio que, para el cuerpo social, resultará peor que la enfermedad: hacer que los jueces se deshagan, en la medida de lo posible, del mayor número de juicios en trámite, aunque eso suponga no resolver los conflictos sometidos a su conocimiento.

La Asamblea Nacional que aprobó el texto de este artículo omitió reflexionar sobre un aspecto que era de elemental consideración jurídica: la administración de justicia ha sido establecida para alcanzar el objetivo de la paz social a través de decisiones jurisdiccionales imparciales, que resuelven controversias y solucionan conflictos. Crear condiciones normativas para que los jueces se liberen de esta obligación, declarando abandonos de procesos sin resolverlos, afectará progresivamente a la credibilidad en la administración de justicia y estimulará prácticas de la violencia en el cuerpo social.

Por otro lado, los costos de transacción para empresas privadas o agentes económicos incrementarán, porque el sistema judicial dejará de ser un medio de resolver controversias para convertirse en un régimen orientado a aliviar el trabajo de los jueces. Este hecho incrementará la desconfianza de personas y empresas en la jurisdicción contenciosa y todos estos eventos, pequeños obstáculos procesales que se inventan las normas de un Código, imperceptiblemente, tornan más costosa la legalidad y eliminarán ventajas comparativas de nuestro país frente a otros de la región.

En todo caso, el propósito de esta institución es sancionar el descuido o falta de impulso de la parte interesada en el juicio, cuando ese impulso le fuere imputable a dicha parte procesal, y el legislador deberá definir con precisión desde cuándo se cuenta el paso del tiempo. Por ello, desde hace más de sesenta años, las leyes de procedimiento civil fijaron que el plazo debía contarse desde la última diligencia o petición constante en autos. Así lo previó, en términos comprensibles, el Código de

Procedimiento Civil de 1953 y las codificaciones posteriores hechas en 1960, 1978 y 2005. Actualmente, el efecto jurídico de la demanda abandonada es que no podrá intentársela nuevamente (COGEP Art. 249) y, el del recurso abandonado es tenerlo como no interpuesto, pues todas las providencias anteriores quedarán ejecutoriadas; de ahí que el abandono que regula el COGEP se refiera a la primera instancia, a la segunda instancia y a la casación.

Por ello es propia de los procesos civiles que se rigen fundamentalmente por un principio dispositivo y no resuelven sobre la legalidad de actuaciones del Estado en la esfera del derecho público, en donde el objeto controvertido comprende no solamente la pretensión de los particulares sino el control de la legalidad.

2.3.5.2. El abandono en el proceso contencioso administrativo

El abandono en lo contencioso administrativo “surtirá los efectos previstos en el Código de Procedimiento Civil” (LJCA, Art. 57), por tanto, dejará firme el acto o resolución administrativa impugnado. La hoy derogada LJCA asimiló, de manera simplista, los efectos del procedimiento civil al contencioso administrativo; y el nuevo COGEP, en lugar de corregir este error, aplica sin más el instituto del abandono para todos los juicios e instancias. Estas normas nos permiten concluir que, por influjo del pensamiento civilista, el instituto del abandono fue introducido en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Arts. 57 y 58) sin reflexión suficiente. En el Código Tributario en 1975 ocurriría lo propio (Art. 60). Sin embargo, por su naturaleza, el instituto no se corresponde, al menos no en la forma cómo se ha regulado para la materia civil, con las controversias contencioso administrativas ni contencioso tributarias que juzgan la legalidad de las actuaciones del Estado.

¿Qué fundamentos de derecho llevan a sostener la inconveniencia del instituto del abandono en lo contencioso administrativo y contencioso tributario? Al menos tres razones que podrían ser analizadas para la eliminación de estas normas o para un profundo replanteamiento de su regulación:

La primera: la relación jurídica de derecho privado se rige por normas de coordinación mientras que, en el ámbito de derecho público, esas normas vienen informadas de un principio de subordinación en lo que a la sede administrativa se refiere, de manera que la solución de conflictos no necesariamente habrá de responder a idén-

ticas regulaciones⁸⁹. A diferencia de los procesos civiles en que la contradicción se da entre sujetos de derecho privado en un plano de igualdad, en una relación jurídico administrativa, la contradicción se da entre sujetos jurídicamente desiguales. Los sujetos de derecho privado vienen obligados a accionar contra entes de derecho público, investidos de prerrogativas, para impedir que sus decisiones, que se presumen legítimas, afecten la esfera de sus derechos. Dado que esas decisiones impugnadas vienen investidas de un principio de ejecutividad, el particular tiene la obligación de accionar en sede contenciosa, está compelido a demandar y a hacerlo dentro de unos términos perentorios para que no se produzca la caducidad de su derecho.

En segundo lugar, la previsión de la ley de que el abandono no procede en los casos en que el Estado sea actor del proceso, viola el principio de igualdad procesal y supone infracción del derecho que consagra el Art. 11 de la Constitución de la República, porque discrimina a los ciudadanos que demandan al Estado creando un estatuto de privilegio procesal a favor de este último. En consecuencia, debo reiterar lo señalado anteriormente: si el Estado es demandado, procederá la declaratoria de abandono porque le beneficia, en perjuicio del accionante que normalmente será un sujeto de derecho privado: pero si el Estado es actor no procederá la declaratoria del abandono, porque le perjudica. Esta norma rompe el equilibrio que debe informar a todo proceso contencioso administrativo, pues, si el Estado acciona contra un particular, nunca se podrá declarar abandonada la causa, generando una inseguridad en el accionado, por tiempo indefinido, si el Estado decide separarse de continuarla. Esta discriminación procesal no tiene justificación jurídica.

Se debe subrayar que los privilegios que el sistema legal ha creado a favor de la Administración Pública, concebidos para que esta despliegue sus actuaciones en sede administrativa —autotutela, presunción de legitimidad de sus decisiones y principio de ejecutividad— no pueden trasladarse a la sede jurisdiccional para convertirse en prerrogativas procesales. Al igual que los particulares, las Administraciones Públicas deben quedar sometidas a la autoridad jurisdiccional de los jueces distritales, en un plano de igualdad y no bajo procesos diseñados para angustiar la defensa de los particulares, imponiéndoles la carga procesal de impulsar el juicio cada 80 días, mientras al ente público demandado está exento de esa carga.

⁸⁹ La relaciones de subordinación se explican en el ámbito de la sede administrativa exclusivamente, en ningún caso en sede jurisdiccional en donde la Administración Pública, cuando es parte procesal debe comparecer en igualdad de condiciones con los administrados, despojada de privilegios, pues de otra manera no habrá igualdad procesal ni garantías del debido proceso para los administrados que se ven en la necesidad de impugnar las actuaciones administrativas para oponerse a los efectos que derivan de la presunción de legitimidad y del principio de ejecutividad.

En tercer lugar se presenta una contradicción en materia de principios que inspiran al proceso contencioso administrativo: por un lado, bajo los cánones de un principio dispositivo (COFJ, Art. 19) todo proceso, incluidos los contenciosos, se promueve por iniciativa de parte interesada. De igual manera, la parte interesada debe impulsar el juicio cada cierto tiempo. Sin embargo, se aparta de ese principio la atribución reconocida a los jueces para declarar de oficio, nada menos que el abandono de la causa. Anteriormente, la derogada LJCA con mayor congruencia al momento de aplicar el principio dispositivo, preveía que solamente por pedido de parte se podía declarar el abandono.

Algunas leyes en el Derecho Comparado muestran la inconveniencia de trasladar esta institución propia de los procesos civiles, para implantarlas sin más, a los procesos contencioso administrativos. Las leyes que regulan el contencioso administrativo en España⁹⁰, Perú⁹¹ y Venezuela⁹², no han previsto el desistimiento tácito ni el abandono de los procesos. Para el Derecho Comparado, una vez planteada una demanda contra el Estado, el órgano jurisdiccional que pertenece al Estado viene obligado a impulsar de oficio el trámite del juicio y a resolver la controversia mediante sentencia. La regla de que los juicios terminan con sentencia trae dos excepciones en la legislación española: que los demandantes presentan un desistimiento expreso, que los demandados se allanan a la acción o cuando las partes llegan a un acuerdo transaccional⁹³.

90 La Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Boletín Oficial del Estado núm. 167 de 14 de julio de 1998. El catedrático y administrativista español, Dr. Jaime Rodríguez Arana, en explicación dada al autor, señala lo siguiente: “El desistimiento se encuentra configurado como una renuncia (*expresa*) al recurso formulado, y no al derecho o a la acción, siendo un acto procesal legítimo de extinción de la relación jurídico procesal, caracterizado por tratarse de un modo de terminación del procedimiento por la renuncia personal del recurrente a proseguir la acción jurisdiccional contencioso-administrativa, formulada de forma expresa, inequívoca, concluyente e incondicionada”.

91 Ley No. 27584 que Regula el Proceso Contencioso Administrativo. Diario Oficial de 7 de diciembre de 2001.

92 Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en la Gaceta Oficial 39.451 de 22 de junio de 2010. El catedrático venezolano Dr. Víctor Hernández Mendible, en explicación dada al autor señala que, en Venezuela, existe la figura del desistimiento expreso que plantea el actor, pero no el desistimiento tácito. Señala que, con excepción de la inasistencia a la audiencia preliminar, para los procesos contencioso administrativos no existe una norma expresa que hubiere previsto el abandono del juicio. El instituto de la perención de instancia que consiste en la terminación por inactividad, en ningún caso procede cuando las actuaciones pendientes (apertura de prueba, expedición de sentencia) corresponden a los jueces.

93 En la Sección 9 de la Ley 29/1998 que rige en España, en cuatro artículos se refiere a los “Otros modos de terminación del procedimiento”, el Art. 74 prevé el desistimiento expreso del recurrente; el Art. 75 se refiere al allanamiento; el Art. 76 al reconocimiento total que la Administración pueda hacer de los fundamentos de la demanda; y el Art. 77 al avenimiento, acuerdo o transacción que el juez puede promover de oficio o a petición de parte.

2.3.5.3. El abandono de la causa supone denegación de justicia en el ámbito contencioso administrativo y tributario

En un proceso contencioso administrativo o contencioso tributario en que el órgano administrativo o la entidad pública es emplazada en juicio, la administración de justicia debería impulsar de oficio el trámite del proceso y decidir sobre el fondo de la controversia mediante sentencia —tal como ocurre en España—, sin esperar pedimento de parte.

Los jueces distritales de lo contencioso tributario o administrativo están juzgando la legalidad de las actuaciones administrativas en un Estado de Derecho, no están dirimiendo controversias entre particulares; por ello, el abandono en el nuevo COGEP (Arts. 245 a 249) podría comportar infracción de obligaciones internacionales asumidas por el Ecuador en el marco del sistema interamericano de protección de derechos humanos (Arts. 2, 8.1 y 25), al restar efectividad al recurso judicial que las personas utilizan para discutir con el poder público la legalidad de sus decisiones, más aún, cuando son los jueces distritales quienes retardan el trámite del juicio, e infringen los términos previstos en la ley para abrir la prueba o dictar sentencia.

¿Cómo puede ser jurídicamente exigible al administrado accionante la obligación de impulsar el trámite del juicio contencioso administrativo cada ochenta días, cuando en la práctica, los tribunales distritales demoran entre seis y doce meses la apertura de un término de prueba y varios años para dictar sentencia? Adicionalmente, el instituto del abandono contradice varias normas del Código Orgánico de la Función Judicial: el Art. 28, que consagra el principio de “obligación de administrar justicia” y manda que los jueces juzguen las controversias “con arreglo a la Constitución, tratados internacionales de derechos humanos y leyes de la República”, teniendo presente que la ley fija los términos en que ellos tienen la obligación de dictar sentencia; el Art. 20 que prevé el principio de celeridad según el cual los jueces están obligados a proseguir el trámite dentro de los términos legales, sin esperar petición de parte” con excepción de los casos en que una ley hubiere previsto lo contrario; y el Art. 103 No. 3 del mismo cuerpo normativo que prohíbe a los jueces “retardar o denegar injustificadamente el despacho de los asuntos”.

Estas normas del COFJ y sus correspondientes en la Constitución nos revelan que los operadores jurídicos en Ecuador nos desenvolvemos en un sistema hipócrita, que gusta de hacer declaraciones grandilocuentes sobre los principios de debida diligencia, celeridad de la justicia y obligación de resolver, al tiempo que crea los arbi-

trios para que se declaren abandonados los procesos porque se paralizan por más de ochenta días, como si, en la práctica, no fuera frecuente la demora de varios años en la tramitación de los procesos contencioso administrativo o contencioso tributarios esperando la apertura de un período probatorio o una sentencia.

Sobre la base de estas normas resulta un contrasentido que si la parte solicita repetidamente el despacho o la práctica de una diligencia, o si el proceso ha concluido quedando pendiente, solamente, la expedición de la sentencia, los jueces distritales demoren meses o años para atender esos pedidos o para cumplir su obligación de resolver, pero reaccionen con agilidad para examinar el momento procesal en que se abandonó ochenta días el juicio para hacer la correspondiente declaratoria, liberándose de la carga de resolver el conflicto. La incuria indolente que retrasa el trámite de los juicios, troca en diligencia cuando se trata de contabilizar el tiempo transcurrido y expedir con presteza la providencia que declara abandonada la causa. En el ámbito de lo contencioso administrativo la institución del abandono se ha convertido en la herramienta más expedita para denegar justicia y aventajar la posición de las Administraciones Públicas en las controversias incoadas en contra de ellas. Esto ocurre por los efectos jurídicos del abandono: el primero, dejar firme la resolución administrativa que se impugna o tener por desistido el recurso interpuesto; el segundo, impedir al accionante plantear una nueva demanda. Estos efectos han sido establecidos en el Art. 249 del Código Orgánico General de Procesos⁹⁴.

La denegación de justicia a partir de la institución del abandono se hace evidente (i) por un método inmoral de evaluación de jueces implantado por el Consejo de la Judicatura, que asigna igual valor a los autos que declaran abandonos como si fueran sentencias, en otras palabras, se incorpora en la calificación cuantitativa a los jueces distritales los juicios declarados en abandono como si se trataran de causas despachadas, en un porcentaje equivalente al 75% de la evaluación, estimulando indebidamente tales declaratorias para que el juez que no trabaja, encuentre un fácil método de hacerse con un mejor puntaje; (ii) por las inseguridad jurídica que generan los cambios legislativos y las deficiencias en la redacción de las normas aplicables al abandono.

94 En razón de que la acción contencioso administrativa tiene plazos de prescripción más cortos (noventa días para los recursos subjetivos), resultaría muy difícil que habiendo una declaratoria de abandono, los accionantes puedan proponer una nueva demanda, dentro de los plazos legales. Sin embargo, las controversias contractuales se pueden plantear dentro de cinco años desde que ocurrieron los hechos que suponen incumplimiento o infracción de un contrato administrativo, o hechos administrativos que no están sujetos a plazos específicos. En estos casos, la previsión del nuevo Código Orgánico de Procesos supone un retroceso frente al Código de Procedimiento Civil de 1978, puesto que, a partir de las nuevas normas adjetivas, el contratista que reclama contra incumplimientos de una entidad pública contratante perderá toda posibilidad de que sus reclamaciones sean resueltas en sentencia, puesto que no podrá proponer nueva demanda.

En los resultados provisionales de la evaluación a los jueces del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo No. 1, cortados al 31 de agosto de 2015, se encuentran los siguientes datos escandalosos:

Los cinco jueces distritales que más causas resolvieron en el período habrían dictado 1251 resoluciones, esto es, un promedio de 250 resoluciones por cada uno de ellos. De ese total, solamente 257 resoluciones fueron sentencias; 71 fueron autos resolutorios; y 65 votos salvados. Los autos que declararon el archivo o el abandono de los procesos sumaron 858, esto es, el 68,5% del total de “causas resueltas” según los parámetros que usa el Consejo de la Judicatura.

Esta es la más inaceptable tergiversación del abandono que se ha hecho en los últimos cuarenta y cinco años en que rige la institución para la sede contencioso administrativa. En lugar de ser un instituto procesal destinado a castigar la inacción de la parte procesal —ya de por sí discutible—, el Consejo de la Judicatura lo ha convertido en un instrumento para premiar la inacción de los jueces, para estimular a que ellos busquen causas para declararlas abandonadas, en el mayor número posible, a fin de que la “Tasa de Despacho”, que equivale al 75% de su calificación, permita obtener un mejor puntaje. Por otro lado, la inseguridad jurídica con relación al abandono no es menos alarmante. Cuando se expidió la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en marzo de 1968, el legislador estableció reglas muy claras con relación al tema. El Art. 57 previó tres requisitos: el primero, de carácter temporal, estableció la suspensión durante un año; el segundo, que esa suspensión haya sido por culpa del demandante, y la tercera, que se declare a petición de parte. El Art. 58 señaló que el término para el abandono correría desde la fecha de la última diligencia practicada, o desde la última petición constante en autos⁹⁵.

Cada vez que el poder político ha deseado intervenir en la administración de justicia se ha tergiversado esta institución mediante reformas legales, contribuyendo a denegar justicia. La primera reforma ocurrió en noviembre de 1997 mediante la Ley No. 39⁹⁶ que pretendió fijar una regla de abandono de causas si hubieren transcurrido dos años contados desde la última diligencia o la última solicitud hecha por cualquiera de las partes.

⁹⁵ Mediante resolución de efectos generales expedida por el extinto Tribunal Contencioso Administrativo, publicada en el Registro Oficial 464 de 5 de abril de 1983, se estableció que la petición de abandono por parte interesada no será procedente cuando se la presente en fecha posterior a la providencia de autos para sentencia.

⁹⁶ Ley 39. Registro Oficial 201-S, 25 de noviembre de 1997.

Posteriormente, con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial en marzo de 2009⁹⁷, se modificaron otra vez los plazos de abandono y fueron reformados los Arts. 386 y 388 del Código de Procedimiento Civil uniformando los plazos en dieciocho meses. Finalmente se expidió el Código Orgánico General de Procesos⁹⁸ que nuevamente modifica los plazos que venían rigiendo.

El COGEP establece que el abandono del proceso se declarará, de oficio o a petición de parte, cuando se hubiere cesado en su prosecución por ochenta días, “contados desde la fecha de la última providencia recaída en alguna gestión útil para dar curso progresivo a los autos” (Art. 245).

En términos que no guardan la correspondencia con la norma anterior, el artículo siguiente señala que el término para el abandono se contará “desde el día siguiente de la última notificación de la última providencia dictada o desde el día siguiente al de la última actuación procesal” (Art. 246).

Este es otro ejemplo de la improvisación de la Asamblea Nacional y de su ímpetu innovador, tratando de alterar instituciones que han venido funcionando con regularidad por más de cuarenta años y que no tiene sentido alterarlas cuando se persigue un mismo objetivo. ¿Qué significado tiene la expresión “alguna gestión útil”, cuando lo que se requiere es una precisión simple: última providencia o última petición, como traía la LJCA desde 1968? ¿Por qué el Art. 245 del COGEP establece una forma de contar el término —“última providencia recaída en gestión útil”— y en el artículo siguiente norma este mismo aspecto fijando el cómputo de ese término con previsión distinta: “última actuación procesal”? Fue tal la confusión creada —inaudito si se considera que se trataba de una materia clara y correctamente regulada desde el Código de Procedimiento Civil de 1953— que el Pleno de la Corte Nacional de Justicia se vio en la necesidad de dictar una resolución de efectos generales para resolver la confusión⁹⁹. Lamentablemente volvió más oscura la solución del problema, añadiendo otros relacionados con la vigencia del COGEP en el tiempo, previendo que podrían seguir aplicándose las normas del abandono establecidas en el Código de Procedimiento Civil si la solicitud de abandono hubiere sido presentada con fecha anterior al 22 de mayo de 2015, sin embargo de que la Disposición Final Segunda ya quedó establecido que las normas del COGEP, que regulan períodos de abandono,

97 Publicada en el Registro Oficial 544-S de 9 de marzo de 2009.

98 Publicado en el Registro Oficial 506-S de 22 de mayo de 2015.

99 Resolución de la Corte Nacional de Justicia No. 7. Registro Oficial 539 de 9 de julio de 2015.

entrarían en vigencia a partir de la publicación de dicho Código en el Registro Oficial (22-05-2015), sin excepciones.

Pero lo grave está en la aplicación general de un plazo de 80 días para los procesos contencioso administrativos y contencioso tributarios. Ese plazo supone denegación de justicia por cuanto la tramitación de los juicios toma entre tres y cinco años; en lo contencioso administrativo, la apertura de un término de prueba puede tomar más de un año desde que se ha contestado una demanda; en lo contencioso tributario, desde que concluye el trámite del juicio hasta que se dicta sentencia puede tomar entre dos y cuatro años. ¿Cómo puede el legislador haber establecido un término de ochenta días para el abandono cuando, en la práctica, la acumulación de causas hace que los jueces distritales requieran de tiempos mucho más extendidos para abrir la causa a prueba o dictar una sentencia? Una solución frente a este problema es posible. Primero, el Consejo de la Judicatura debería eliminar todo parámetro de calificación de jueces que se vincule con autos que declaran abandonos o archivan procesos; y segundo, plantear una inmediata reforma legislativa que adopte el principio que trae la Ley 1437 vigente en Colombia desde enero de 2011, que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰⁰ que rige en ese país: el juez no puede declarar de oficio el abandono (desistimiento tácito) de ningún juicio si previamente no hubiere apercibido a la parte afectada de esta consecuencia jurídica, dándole quince días para que remedie su omisión, precisándole en qué consiste. Esta es una forma apropiada de regular el abandono en los procesos contencioso administrativos, sin confundirlos con los juicios civiles y que guarda una mayor conformidad con la tutela judicial efectiva.

En este caso se advierte cómo el legislador colombiano, sin Constitución garantista ni “Estado Constitucional de Derechos y de Justicia”, es mucho más asertivo al momento de dictar una regla procesal que sea conforme con la tutela judicial efectiva, porque no está preocupado en eliminar causas acumuladas en los juzgados ni que los jueces denieguen justicia, sino que el ejercicio jurisdiccional contribuya a la paz social y que los jueces contencioso administrativos cumplan su trabajo resolviendo controversias mediante sentencias y, solamente en aquellos casos en que sea eviden-

100 Ley 1437 de 18 de enero de 2011 vigente en la República de Colombia. El Art. 178 tiene el siguiente tenor: “DESISTIMIENTO TÁCITO. Transcurrido el plazo de treinta (30) días sin que se hubiere realizado el acto necesario para continuar el trámite de la demanda, del incidente o de cualquier otra actuación que se promueva a instancia de parte, el Juez ordenará a la parte interesada mediante auto que lo cumpla dentro de los quince (15) días siguientes. Vencido este último término sin que el demandante o quien promovió el trámite respectivo haya cumplido la carga o realizado el acto ordenado, quedará sin efectos la demanda o de la solicitud, según el caso, y el juez dispondrá la terminación del proceso o de la actuación correspondiente. Decretado el desistimiento tácito, la demanda podrá presentarse por segunda vez, siempre que no haya operado la caducidad”.

te el desistimiento tácito, entonces declararlo pero siempre, previo apercibimiento al afectado.

2.3.6. Errores en la definición de materias asignadas a la jurisdicción del contencioso administrativo

Esa práctica legislativa que ha impedido la sistematización del Derecho Administrativo ecuatoriano en una ley de procedimientos uniforme para todas las administraciones públicas, es la misma que ha venido asignando a la competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo materias que por contenido y naturaleza no corresponden ser conocidas a este ámbito jurisdiccional sino a otros órganos especializados, principalmente cuando el objeto de la litis confronta a personas de derecho privado antes que a la Administración Pública.

2.3.6.1. Controversias derivadas de una póliza de seguros

El primer caso es el de la materia de seguros. Cuando, en diciembre de 1963, se expidió el Decreto Supremo 1147 (R. O. 123, 07-12-1963), reformativo del Código de Comercio, se introdujo en la legislación ecuatoriana una regulación específica sobre el Contrato de Seguros, de cuyas normas se desprende su carácter indiscutiblemente mercantil.

Pero desde 1963 en adelante, principalmente a partir de los años setenta, el Derecho Público ecuatoriano ha venido favoreciendo una extensión de las potestades públicas y de las atribuciones de control que no solamente leyes sino reglamentos van reconociéndole al Estado.

La Superintendencia de Bancos y de Seguros y la Superintendencia de Compañías Valores y Seguros no han sido la excepción. Las facultades de control que hasta septiembre de 2014¹⁰¹ correspondieron a la Superintendencia de Bancos —y que fueron transferidas a la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros— comprendieron inicialmente las de vigilar a las compañías de seguros, precautelar derechos de terceros en la constitución de sociedades dedicadas a la venta de seguros o reaseguros, fiscalizar su solvencia patrimonial, analizar y autorizar los formatos de contratos de seguros y aprobar nuevos ramos de seguros; posteriormente se extendieron indebidamente a la de dirimir controversias entre asegurados y aseguradores.

101 El Código Monetario y Financiero entró en vigencia en septiembre de 2014, R. O. 332-S, 12-09-2014.

Así lo previó la Ley General de Seguros de 1998¹⁰² (Art. 42) que asignó esa potestad a la Superintendencia de Bancos. La expedición del Código Orgánico y Financiero no modificó estas competencias trasladándolas íntegramente a la Superintendencia de Compañías.

Aunque esa norma (Art. 42, inc. 5) haya establecido que el asegurado o beneficiario podrá acudir a la justicia ordinaria o someter a métodos alternativos de solución de conflictos, el Art. 70 provoca una dislocación del sistema al prever que las resoluciones que se adoptaren serán susceptibles de apelación ante el Superintendente de Compañías, Valores y Seguros y las decisiones que se dicten puedan ser impugnadas ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, sin haber excluido —como debió hacerlo— a las resoluciones que se expidan en reclamos de asegurados o beneficiarios de una póliza de seguros en contra de compañías aseguradoras. El origen de esta distorsión ocurre por la atribución que la Ley General de Seguros inconsultamente otorgó a la Superintendencia para dirimir controversias de seguros¹⁰³.

El que los pronunciamientos del Superintendente de Compañías Valores y Seguros en reclamos de seguros comporten actos administrativos investidos de una presunción de legitimidad, no desvirtúa la naturaleza mercantil de la controversia de seguros, referida al pago de una indemnización estipulada en una póliza, normalmente discutida por sujetos de derecho privado¹⁰⁴, que debería ser conocida y resuelta por jueces civiles.

En otras palabras, el litigio que sostiene la compañía de seguros y el asegurado, que deriva del incumplimiento de un contrato de seguro, en ningún caso comprende una relación de derecho público y por ello debe ser resuelto por jueces de lo civil o, por tribunales de arbitraje en aquellos casos en que exista un convenio arbitral tal como prevé el Art. 42 reformado de la Ley General de Seguros. La Ley ha investido a la Superintendencia de Bancos en un organismo administrativo dirimente de controversias entre particulares y, como consecuencia de esta tergiversada competencia del

102 Ley No. 74, Registro Oficial 290, 3-04-1998. Posteriormente codificada bajo el número 10, publicada en el Registro Oficial 403, 23-11-2006.

103 Una práctica legislativa viciosa se ha instituido desde hace varios años en el Ecuador. Los anteproyectos de ley con frecuencia son preparados por empleados de las entidades públicas llamadas a cumplir y a aplicar la ley que ellos proponen. El resultado de esta práctica malsana no solamente son los textos legales acomodados al interés del ente público antes que al interés general, sino un conjunto de disposiciones que atribuyen más poder a las administraciones públicas, un otorgamiento de nuevas competencias en desmedro de la esfera de libertad de los ciudadanos.

104 Se debe aclarar que aún bajo la hipótesis de que una entidad de derecho público tenga el carácter de asegurado o beneficiario de una póliza de seguros, la relación jurídica con la aseguradora tendrá carácter mercantil, sujeta a las normas y principios del Código de Comercio y del Decreto 1147 (R. O. 123, 07-12-1963).

órgano administrativo, el Art. 70 de la misma Ley ha contribuido a degenerar aún más la relación jurídica mercantil de seguros para disfrazarla de relación administrativa provocando que, un sinnúmero de controversias comerciales, sean conocidas y resueltas por la jurisdicción contencioso administrativa, distrayendo a los tribunales distritales con materias que son ajenas a esta jurisdicción especializada.

2.3.6.2. Controversias de propiedad intelectual

En un Estado de Derecho, las decisiones administrativas que lesionan derechos subjetivos no pueden tener carácter definitivo ni la fuerza de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Por ello, todas las decisiones adoptadas por las autoridades administrativas en materia de propiedad intelectual podrían ser impugnadas en vía judicial, como cualquier otro acto administrativo.

Sin embargo, ha resultado inconveniente que estas decisiones no sean conocidas por jueces especializados en estas materias, en que personas de derecho privado disputan la registrabilidad de una patente, la oposición al registro de un diseño industrial, de una marca o un nombre comercial.

En 1998, se expidió la Ley de Propiedad Intelectual (R. O. 320, 19-05-1998). Los Arts. 357 y 365 establecieron que la impugnación de actos administrativos expedidos por los Directores Nacionales de Derechos de Autor o de Propiedad Industrial y por los Comités de Propiedad Intelectual serían impugnados ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo. Estas normas tenían carácter temporal. Con acertado criterio, la Disposición Transitoria Décima atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la facultad de organizar los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual, que asumirían con carácter definitivo la competencia para conocer y resolver esta clase de controversias. Esta norma se basaba en la atribución que traía la hoy derogada Ley Orgánica de la Función Judicial (Art. 12, No.17).

La Codificación que se hizo de la Ley de Propiedad Intelectual en el año 2006 (R. O. 426-S, 28-12-2006) mantuvo una norma transitoria similar (Disposición Transitoria Quinta). Por esto, llama la atención que pese a que transcurrieron más de ocho años, la Corte Suprema de Justicia haya incumplido este mandato legal que exigía una decisión urgente en la integración de estos órganos judiciales especializados, que habría evitado que la jurisdicción contencioso administrativa acumule causas en estas materias.

Por otro lado, la importancia que en todo sistema económico tiene la protección de los derechos de propiedad¹⁰⁵, especialmente el de la propiedad intelectual, debió haber motivado en la Corte Suprema de Justicia, asumir sin excusa su obligación perentoria de crear los juzgados y tribunales distritales de propiedad intelectual y brindar el impulso jurisdiccional que exigía esta materia, tan trascendente en la organización y funcionamiento económico de cualquier país, en lugar de resignar irresponsablemente el conocimiento de estas controversias a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, por tiempo indefinido, convirtiéndolo en una suerte de *comodín* de la función judicial a la que se asigna cualquier materia regulada por una nueva ley.

Este lamentable retroceso se hizo patente con la expedición del Código Orgánico de la Función Judicial en marzo de 2009, en cuyo Art. 217 numeral 6 atribuyó con carácter definitivo la facultad de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, de conocer y resolver de las controversias regidas por la Ley de Propiedad Intelectual, con lo cual dejó de lado la creación de juzgados y tribunales especializados en propiedad intelectual que con acierto había previsto la Ley desde su expedición en mayo de 1998.

2.3.6.3. Controversias sobre infracciones a la competencia

En octubre de 2011, se expidió la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (R. O. 555-S, 13-10-2011) que, como tantas otras que se han dictado en los últimos años, crea una nueva entidad administrativa, en este caso, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, y reserva para ella un amplísimo espectro de atribuciones para promover la libre concurrencia de los operadores económicos y para aplicar un régimen punitivo de especial severidad con el fin de sancionar todo acto o conducta que comporte abuso del poder de mercado, que distorsione la

105 Para el Premio Nobel de Economía Douglas North, las instituciones promueven el desarrollo y se clasifican en formales (leyes, y jueces) e informales (usos, prácticas, prejuicios morales o religiosos). La existencia de derechos de propiedad definidos jurídicamente y de un apropiado marco institucional que los proteja (instituciones formales), son factores primordiales para el estímulo de una economía eficiente, para que los individuos tengan los incentivos y seguridad que necesitan y no vean obstaculizado el desarrollo de actividades productivas lícitas. Para este autor, el derecho de propiedad debidamente protegido y los costos de transacción en niveles mínimos, son claves para alcanzar el crecimiento económico y el desarrollo. Estos planteamientos están analizados en su obra *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge University Press, 1990. Sería deseable que en los programas de Derecho que dictan las escuelas de jurisprudencia del país, se analice con profundidad cómo las instituciones jurídicas generan consecuencias económicas, de qué manera las leyes pueden coadyuvar a un funcionamiento económico eficiente. El Derecho Administrativo, una disciplina muy absorbida por los conceptos teóricos, no debería descuidar que sus reflexiones se parten de estos aspectos, del funcionamiento de las administraciones públicas y su influencia positiva o negativa sobre los derechos de propiedad y la libertad económica-, condiciones sin las cuales no es posible el crecimiento económico.

competencia o afecte negativamente la eficiencia económica “o al bienestar general” (Art. 9).

En mi opinión, la libre concurrencia de los agentes en una economía no es de aquellos objetivos que puedan ser alcanzados mediante la intervención de un organismo público, ni siquiera dotando a este de atribuciones inquisitivas y sancionadoras rigurosas. Al margen de esta observación inicial, se debe subrayar que el mecanismo de solución de las controversias que generará su aplicación, tampoco acertó en asignar a los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, la potestad para conocer y resolver estas materias (Art. 69).

En el establecimiento de este nuevo organismo público y en las potestades que la nueva ley ha tenido a bien reconocerle para el cumplimiento de sus cometidos, queda claro que se ha instituido en el país una esfera de control público de alta especialización, jurídica y económica. Por ello, considero inconveniente el texto del Art. 69 de la Ley que traslada a la jurisdicción contencioso administrativa, una nueva materia que bien pudo ser atribuida a órganos jurisdiccionales especializados, tal como con buen criterio hizo la Ley de Propiedad Intelectual en mayo de 1998 (en la teoría, pues como quedó señalado nunca llegó a aplicarse).

Por otro lado, el Código Orgánico de la Función Judicial que pretendía fijar bajo su normativa, la totalidad de las atribuciones que correspondían a los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, y sistematizar en el Art. 217 todas sus potestades jurisdiccionales, ha quedado superado por una nueva ley que se sale de ese propósito y vuelve a recorrer el sendero que se pretendía superado, de desordenar el esquema de atribuciones jurisdiccionales.

La Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado se inscribe en esta práctica inconveniente, de inventar nuevas competencias al Estado, de crear nuevos entes públicos y de trasladar al orden contencioso administrativo materias que exigen de jurisdicciones especializadas o que podrían ser conocidas por jueces civiles o mercantiles. Las controversias de seguros, de propiedad intelectual y ahora las de control de la competencia, distraen el trabajo de los jueces contencioso administrativos.

Para concluir, hay en la opinión de este autor un tema de fondo respecto de la regulación del poder de mercado y que va más allá de si es o no materia sujeta a conocimiento de los jueces de lo contencioso administrativo. Como principio, la

prevención, corrección o eliminación de abusos en el mercado no son objetivos que puedan librarse al arbitrio de los funcionarios públicos, menos en Ecuador, donde muy difícilmente se impedirán abusos de agentes económicos allegados al poder político. Más temprano que tarde, este sistema degenerará en otra incubadora de corrupción, porque se aplicará en beneficio de agentes económicos allegados al poder político para perseguir a sus competidores y actuará implacablemente, a través de métodos extorsivos, sobre agentes económicos privados que no tengan relación con el poder o no se allanen a prácticas de corrupción.

La búsqueda de la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar de consumidores y usuarios se alcanza a través de tratados de libre comercio, que extiendan la libre competencia sin cortapisas artificiales normalmente establecidas para beneficiar a ciertos productores o a cierto sector del comercio. La eficiencia de los mercados no se construye con nuevos entes públicos ni mediante declaraciones poéticas hechas en una ley orgánica.

El comercio justo y el bienestar de consumidores y usuarios no podrán ser alcanzados mientras el Estado mantenga reservados a su favor, regímenes de explotación monopólica en distintas actividades de carácter empresarial. Por tanto, no es ni conveniente para el país ni honrado para el Estado, perseguir los fines altruistas que se propone la Ley Orgánica a través de un nuevo y costoso ente burocrático, si las conductas o prácticas que se pretenden corregir en los sujetos de derecho privado no le serán exigibles al empresario más grande del sistema económico ecuatoriano como es el Estado, bien sea porque la Constitución le ha reservado indebidamente áreas estratégicas para su explotación exclusiva, bien sea porque las leyes han instituido privilegios a su favor.

3. DE LA EJECUTIVIDAD Y DE LA SUSPENSIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

3.1. La autotutela de la Administración

Varios eventos de coyuntura de la Revolución Francesa de 1789, algunas trascendentales reformas napoleónicas y la posterior jurisprudencia del *Conseil d'Etat* marcaron los contenidos de las principales instituciones del Derecho Administrativo. Esta nueva rama de la ciencia jurídica, a contrapunto del sistema anglosajón, concibió una administración pública exenta de fiscalización judicial con prerrogativas de autotutela y potestad para imponer sus decisiones de manera unilateral, sin el concurso de los tribunales de justicia¹⁰⁶. Esta matriz jurídica originada en Francia se sustentó en una particular concepción del principio de división de poderes, que fue asumido como una separación tajante e irreductible de estos que impedía a los jueces interferir menos aún juzgar las decisiones adoptadas por la Administración¹⁰⁷. Por este

106 Sobre la definición de autotutela administrativa, sigo a Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández. Estos autores se refieren al sistema de autotutela en los términos siguientes: "La Administración está capacitada como sujeto de derecho para tutelar por sí misma sus propias situaciones jurídicas, incluso sus pretensiones innovativas del *statu quo*, eximiéndose de este modo de la necesidad, común a los demás sujetos, de recabar una tutela judicial". Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 12 ed. (reimpresión). Madrid: Ed. Thomson Civitas, 2005, pp. 514 y siguientes.

107 A este respecto son muy ilustrativos los análisis y conclusiones de Carmen C. MARÍN ("Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo". *Nuevas Perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios*. Madrid: Ed. Civitas, 1992) y de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA (*op. cit.* 1994). Este último señala que la interpretación que dio Francia al principio de división de poderes comportaba una tergiversación de la doctrina de Montesquieu y del constitucionalismo inglés y norteamericano, en cuyas vertientes se encuentra el origen del principio. Añade este autor lo siguiente: "Respecto al poder judicial, esta exención se proclamó absoluta; esta es, en definitiva, la idea esencial del mecanismo, la separación plena de Justicia y Administración, la exención jurisdiccional del ejecutivo, cuando ciertamente lo único que el principio de división postulaba era la independencia judicial"

motivo, el Consejo de Estado, inicialmente con atribuciones consultivas —régimen de jurisdicción retenida— y posteriormente con potestades jurisdiccionales —régimen de jurisdicción delegada— quedaría establecido como un órgano en el seno de la Administración Pública, en cuya estructura se diferenciaban los órganos de la *administración activa* de los órganos de la *administración contenciosa*.

Los primeros pasos del contencioso español serían influidos por la experiencia francesa; sin embargo, con el tiempo, los sistemas de Derecho Administrativo de varios países europeos y latinoamericanos se apartarían de esta interpretación del principio de división de poderes. Países como España, Perú, Argentina y Ecuador, entre otros, abandonaron este postulado restrictivo e impeditivo de la intervención de los jueces sobre decisiones de la Administración, y optaron por un régimen judicialista de pleno control sobre las actuaciones administrativas. Pese a la trascendencia de este giro, que alineaba a nuestros sistemas legales con la tradición jurídica anglosajona —culturalmente más favorable a los derechos individuales de las personas en donde el juez tiene amplias atribuciones para someter a juicio a órganos del poder administrativo—, el Estado prefirió adoptar los conceptos e instituciones que el Consejo de Estado francés había establecido para conservar privilegios a favor de la Administración Pública. Una de esas instituciones fue el principio de la autotutela¹⁰⁸ que no siempre asegura la consecución de finalidades públicas, pero que, en todos los casos, operará en franco detrimento de los espacios de libertad de los administrados y que, en mi opinión, comportan una rémora que abre la puerta a la arbitrariedad y la corrupción.

De las prerrogativas de autotutela que se ha reservado la Administración Pública se ha consolidado en diversos sistemas legales la presunción de legitimidad y el principio de ejecutividad de los actos administrativos, instituidas como técnicas formales creadas por el Derecho Administrativo para precautelar el funcionamiento de la Administración y su posición prevalente frente a los administrados. El enraizamiento

(*Ibid.*, p. 49).

108 Instituciones como el acto administrativo, la competencia administrativa, la nulidad de los actos, los actos reglamentarios, la autotutela administrativa, la discrecionalidad, la responsabilidad de la Administración Pública, etc. fueron desarrollados por la jurisprudencia del Consejo de Estado entre 1875 y 1920 y posteriormente fueron tomados por el derecho público de los distintos países. España, Argentina, Ecuador, Perú, entre otros, se apartaron de la interpretación del principio de división de poderes que habían dado los franceses desde la Revolución de 1789 y que prohibía a los jueces intervenir en las decisiones de la Administración Pública. Francia concibió un sistema en que la propia Administración ya no en su versión “activa” sino en su versión “contenciosa” —a través del Consejo de Estado— juzgaba a la administración. Ecuador, a partir de 1967 se apartó de esta interpretación del principio de división de poderes y creó Tribunales Jurisdiccionales en materia Fiscal y Contencioso Administrativa, con amplias potestades para juzgar las actuaciones de la Administración. Se debe aclarar que el Tribunal Fiscal fue creado en 1959, pero su consagración constitucional se haría por primera vez ocho años más tarde.

de estos planteamientos es tan profundo en las escuelas de leyes, entre los jueces, administradores y abogados que los ha convertido en auténticos axiomas del Derecho.

En varias legislaciones que establecen una organización jurisdiccional para controlar actuaciones administrativas, sobrevive el principio de ejecutividad de los actos: el Art. 56 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que rige en España¹⁰⁹, el Art. 192 de la Ley del Procedimiento Administrativo General vigente en Perú¹¹⁰, el Art. 12 de la Ley de Procedimientos Administrativos que rige en la República Argentina¹¹¹, y el Art. 124 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva de Ecuador¹¹² son tres botones demostrativos del arraigo profundo de este principio.

En los regímenes jurídicos que dejo mencionados, el Estado está investido de la denominada “autotutela administrativa”, que podría ser definida como un privilegio jurídico en virtud del cual, la Administración Pública resguarda por sí misma las situaciones jurídicas que le conciernen, aún por las vías de apremio, sin necesidad de acudir al auxilio jurisdiccional para imponer su cumplimiento. Se asume que la realización material del acto es una consecuencia derivada de facultades instrumentales que son propias de la Administración¹¹³.

La autotutela puede ser declarativa y ejecutiva. En virtud de la primera, las decisiones de autoridad obligan a su inmediato cumplimiento, mientras que la autotutela

109 Ley 30/1992 del 26 de noviembre, de España, reformada por Ley 4/1999 del 13 de enero. El Art. 56 manda lo siguiente: “Los Actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo serán ejecutivos con arreglo a lo dispuesto en esta Ley”.

110 Ley No. 27444 de Procedimiento Administrativo General de abril de 2001 que rige en Perú. El Art. 192 tiene el texto siguiente: “Los actos administrativos tendrán carácter ejecutorio, salvo disposición legal expresa en contrario, mandato judicial o que estén sujetos a condición o plazo conforme a la ley”.

111 Ley 19.549 de 3 de abril de 1972 de Argentina, cuyo Art. 12 dispone: “El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria faculta a la administración a ponerlo en práctica por sus propios medios —a menos que la ley o la naturaleza del acto exigieren la intervención judicial— e impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario”.

112 Libro II del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva de Ecuador. Registro Oficial 536 del 18 de marzo de 2002. El Art. 124 tiene el texto siguiente: “Ejecutividad.- Los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en esta norma y en la legislación vigente. Se entiende por ejecutividad la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo”. Adicionalmente, el Art. 76 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa consagraba este principio en términos extremos cuando previó que el recurso contencioso no suspende la ejecución de los actos administrativos, anomalía jurídica que el Código Orgánico General de Procesos expedido en mayo de 2015 mantiene con ligeros matices.

113 Eduardo Luis PITHOD. “Caracteres del Acto Administrativo”. *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo IX (“El Procedimiento Administrativo en la República Argentina”). Mendoza: Instituto de Estudios de Derecho Administrativo I. E.D. A., Ed. Dike, Mendoza, 2003, pp. 199 a 226.

ejecutiva autoriza al ente público utilizar sus propios instrumentos de coacción sin que haga falta solicitar la intervención de los órganos judiciales.

En mi opinión, la autotutela, una institución concebida por la jurisprudencia del Consejo de Estado Francés hace más de cien años, no es sino un resabio de autoritarismo y menosprecio al derecho de las personas, mantenida gracias al interés constante que en distintas épocas históricas ha tenido la clase política para inventar privilegios y franquicias a favor de una Administración controlada por aquella. Esta lógica que la autotutela viene imponiendo en la relación jurídico administrativa, ha ido consolidándose en nuestro sistema, en la cultura legal y en la escala de valores de abogados y jueces, y se ha manifestado en un sinnúmero de normas de derecho público¹¹⁴ que han instituido de modo categórico la plena vigencia de la presunción de validez de las actuaciones del poder público y la consecuente ejecutividad de los actos administrativos. El Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva —en adelante ERJAFE— emplea de manera equívoca las expresiones “vigencia”, “validez”, “eficacia” y “ejecutividad”, sin embargo, la minuciosa regulación que hace de estos institutos permiten una aproximación muy cercana a lo que la doctrina ha establecido respecto de estos conceptos, y que en todo caso revelan una lógica enderezada a reconocer importantes privilegios de autotutela y prerrogativas a la Administración.

Así lo confirman los Arts. 68, 124 y 189 del mencionado ERJAFE y desde luego, la rémora que supuso el Art. 76 de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de muy dudosa constitucionalidad y que el Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos no corrige con suficiencia esta desviación, puesto que el Art. 329 que fija que los actos administrativos serán ejecutables desde que se hallen ejecutoriados, ratifica esta desviación. Hay análisis que justifican la autotutela administrativa en razones de eficiencia administrativa y en el interés general que persigue el Estado. Esos análisis normalmente vienen divorciados de los hechos que ocurren en la práctica en la que tales finalidades relativas al interés general o al bien común quedan a merced de las personas que actúan a nombre de esos órganos administra-

114 Además del referido Art. 76 de la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que impide la suspensión del acto administrativo no obstante su impugnación en vía judicial, están los Arts. 68, 124, 161 y 162 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva que se refieren a la eficacia inmediata de los actos, la ejecutividad, la ejecutoriedad y la ejecución forzosa en su orden. En la tradición de este planteamiento favorable al privilegio público se inscribe también el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización (COOTAD), en el Art. 366 que señala que los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, que “serán inmediatamente ejecutables”; el Art. 329 del Código Orgánico General de Procesos persevera en la línea de tales postulados: proclama la presunción de legitimidad y ejecutoriedad de los actos administrativos y señala que “serán ejecutables desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados”.

tivos y que responden a sus propios intereses, a consignas partidistas o a prejuicios ideológicos, o que pueden cometer errores. Así, la finalidad pública se convierte en un enunciado que se emplea para ocultar graves violaciones a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Por esto, el Derecho Administrativo en el Ecuador está llamado a despojarse de la repetición mecánica de sus desactualizados axiomas y replantearse de una vez aquel artificio teórico de la autotutela administrativa, considerar que la protección de los derechos humanos es un deber primordial del Estado ecuatoriano (Art. 3 No. 1 de la Constitución de la República), anterior a la eficiencia administrativa o a los vaporosos conceptos de “interés general” o “interés público” que invoca el administrador para justificar cualquier tropelía o arbitrariedad.

3.3. De la presunción de legitimidad

El Código Tributario desde diciembre de 1975 (Arts. 82 y 259) y el Código Orgánico de Organización Territorial Autonomías y Descentralización desde octubre de 2010¹¹⁵ —en adelante COOTAD— (Art. 366) establecen en su orden que los actos administrativos emanados de la administración tributaria y los expedidos por gobiernos autónomos descentralizados —municipios, consejos provinciales— gozan de la presunción de legitimidad.

Por su parte, para el ámbito de los procedimientos que se ventilan en la Función Ejecutiva, el ERJAFE señala que los actos administrativos se presumen legítimos, es decir, se reputan válidos y perfectos y deben cumplirse desde que se dicten o se notifiquen, salvo los casos de suspensión previstos en el ordenamiento (ERJAFE, Art. 68). La presunción de legitimidad, que es otra prerrogativa pública, es siempre de carácter legal, es decir, admite prueba en contrario, y traslada a los administrados —antes que la carga de la prueba como erróneamente afirma cierta jurisprudencia— la carga de impugnar los actos administrativos para desvanecer los efectos de esa presunción.

Bajo el epígrafe “vigencia”, el Art. 66 del ERJAFE refiere otro tema y todo ello con el texto siguiente: “Los actos administrativos para su plena validez deberán ser obligatoriamente notificados al administrado y mientras no lo sean no tendrán efi-

115 El Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización (R. O. 303-S, 19-10-2010) contiene el Título VIII (Disposiciones Comunes y Especiales) en cuyo Capítulo VII hay una regulación específica sobre la actividad jurídica de las Administraciones de los Gobiernos Autónomos Descentralizados y de los Procedimientos Administrativos. Este capítulo reproduce normas del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva.

cacia con respecto a quienes se haya omitido la notificación” y que “la ejecución de actuaciones ordenadas en actos administrativos no notificados constituirán, para efectos de la responsabilidad de los funcionarios públicos, vías de hecho”. La norma confunde “validez” con “eficacia” aun cuando la doctrina y el propio sistema del ERJAFE distinguen claramente estas instituciones.

La “validez” del acto administrativo significa que este fue dictado por órgano administrativo competente, de conformidad con el procedimiento previsto para su expedición y cuyo contenido no contradice una norma de jerarquía superior (ERJAFE, Art. 121 numerales 1 y 2). El Derecho Administrativo ecuatoriano ha sido construido sobre la base de esta importantísima presunción que asume la validez de los actos que expiden los diversos órganos de la administración, a partir del momento de su expedición.

Por su parte, la “eficacia” se refiere a la virtualidad del acto de desplegar toda su potencia interna¹¹⁶. De ahí que no sea apropiada la sujeción de la validez del acto al hecho de su notificación como señala la primera parte del Art. 66 del *ERJAFE*. La notificación no es causa eficiente de validez sino de eficacia del acto, esto es, de que surta efectos como señala con mayor precisión la segunda parte de la norma comentada.

Estos conceptos que han sido desarrollados en Francia hace más de un siglo y que son el fundamento de toda organización administrativa, han sido en el ordenamiento ecuatoriano materia de amplia tergiversación, en que se pretende romper la lógica del derecho para consolidar cada vez más atribuciones a favor de las administraciones públicas. Por esto, se debe destacar que, en ningún caso, la presunción de legitimidad significa aquello que con evidente error la jurisprudencia ha repetido mecánicamente, en un sinnúmero de fallos, que trasladan al administrado la carga de la prueba en juicio. Esta es la primera tergiversación que se da en el ámbito del contencioso administrativo y nada más apartado del contenido de la señalada presunción, como procedo a sustentar con los ejemplos que expongo a continuación.

El primero, un acto administrativo sancionador. La presunción de inocencia que prevé la Constitución de la República (Art. 76 No. 2) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Art. 8.2), impone a la administración y no al administrado, probar en juicio la supuesta infracción administrativa, independientemente de la pre-

116 José Antonio GARCÍA TREVIJANO FOS. *Op. cit.*, p. 333.

sunción de legitimidad del acto sancionador, cuyo efecto no es otro que trasladar al administrado la carga de impugnarlo, pero no la de probar en juicio su inocencia.

El segundo, los actos que expide la administración tributaria, sancionadores o no. El Código Tributario señala que corresponde al actor probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y, con relación a los actos impugnados en juicio añade lo siguiente: “Corresponderá a la administración la prueba de los hechos y actos del contribuyente de los que concluya la existencia de la obligación tributaria y su cuantía” (Art. 259 inc. 2). Este es otro ejemplo de que, en el juicio contencioso tributario, la presunción de legitimidad no traslada al particular la carga de la prueba.

El tercer caso lo trae la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado que, de modo coincidente con las normas comentadas, deja sin sustento aquella posición, porque mediante norma expresa impone al órgano de control, probar en la instancia judicial aquellos hechos en virtud de los cuales se afirma la culpa que da origen a la determinación de responsabilidad civil de un servidor público o de una persona natural o jurídica cualquiera (Art. 52 inc. 3)¹¹⁷.

El cuarto caso es el Art. 38 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado porque esta norma debilita la presunción de legitimidad de los actos administrativos, condicionándola a los resultados de una auditoría gubernamental que pueda declarar lo contrario, más aún si se considera que la Contraloría no es órgano jurisdiccional ni tiene la calidad de instancia superior en el orden administrativo. Se debe añadir que, para un importante sector de la doctrina, el acto administrativo afectado por vicios graves a la legalidad y cuya infracción resulte ostensible, carece de la presunción de legitimidad¹¹⁸. Por ello, resulta discutible toda norma positiva, posición doctrinaria o jurisprudencial que asuma esta presunción con carácter absoluto.

117 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (R. O. 595-S, 12-06-2002). El Art. 52 inc. 3, tiene el texto siguiente: “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, imprevisión, improvisación, impreparación o negligencia.

118 Julio Rodolfo COMADIRA, *Procedimientos Administrativos – Ley nacional de procedimientos administrativos anotada y comentada*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2002, p. 234; Manuel María DIEZ. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1990, p. 214 y Juan Carlos CASSAGNE. *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1971, pp. 21 y 22.

3.3. Del principio de ejecutividad

La ejecutividad de los actos administrativos que desarrolló el Derecho Administrativo francés bajo la designación *privilege du préalable* encontró su génesis en las reflexiones del tratadista Maurice Hauriou, para quien el acto ejecutorio comporta una declaración de voluntad administrativa expedida bajo una forma que comprende la ejecución de oficio y que puede ser inmediatamente perseguida por la vía administrativa o por el procedimiento de oficio¹¹⁹.

Junto a las reflexiones de Maurice Hauriou, los *iuspublicistas* Otto Mayer y Umberto Borsi contribuyeron significativamente a desarrollar el concepto del acto ejecutivo. Esto confirma el hecho de que no estamos ante una teoría reciente, puesto que fue planteada y desarrollada hace aproximadamente cien años, en las primeras décadas del siglo XX¹²⁰, que no tuvo otro propósito que el de reforzar privilegios a favor del Estado, pero que reparó muy poco en las consecuencias nocivas en términos de derechos y libertades personales.

Con este breve antecedente y una vez que ha sido despejado el equívoco que el ordenamiento ecuatoriano trae respecto de los conceptos de “validez” y “eficacia”, es necesario destacar bajo las reglas de nuestro ordenamiento, algunos aspectos relacionados con la ejecutividad de los actos administrativos.

En el ámbito de los procedimientos administrativos tramitados ante las diversas administraciones que forman parte del Estado ecuatoriano, la regla es el inmediato cumplimiento del acto administrativo, es decir, su ejecución, aun de oficio, desde el momento en que se lo dicta. El Art. 124 del ERJAFE señala que los actos de la Administración Pública serán ejecutivos, salvo las excepciones establecidas en la legislación vigente y define esa ejecutividad como la obligación que tienen los administrados de cumplir lo dispuesto en el acto administrativo.

La normativa del ERJAFE (Arts. 124, 125 No. 2, 126 No. 1 y 160 No. 2) que va muy de la mano de la Ley de Modernización del Estado (Art. 31), ha supeditado el vigor inmediato del acto administrativo, a la notificación que obligadamente deberá

119 Ramiro SIMÓN PADRÓS. *La tutela cautelar en la jurisdicción Contencioso Administrativa*. Buenos Aires: Ed. Lexis-Nexis, 2005, p. 106; Martín Mateo inscribe sus reflexiones en esa dirección: “La ejecutividad no es otra cosa que la virtualidad, la potencia obligatoria del propio acto, su carga de imposición de conductas frente a terceros. Ello se basa en la presunción de que el acto es legítimo (art. 57 de la LRJ-PAC)...” (Ramón MARTÍN MATEO. *Manual de Derecho Administrativo*, 18 ed. Madrid: Ed. Trivium, 1996. P. 328.

120 Un estudio bien logrado sobre los poderes exorbitantes de la Administración lo hace Juan-Cruz ALLI ARANGUREN en su obra *Derecho administrativo y globalización* (Madrid: Ed. Thomson Civitas, 2004), pp. 111 a 118.

hacerse al administrado en todos aquellos casos en que el contenido del acto afecte, favorable o desfavorablemente sus derechos e intereses. En los procedimientos que se siguen ante el Municipio de Quito, la Ley Orgánica de Régimen del Distrito Metropolitano adopta una misma regla al disponer que los actos administrativos municipales gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; sin embargo, prevé con acierto que la ejecución del acto solo ocurrirá cuando éste hubiere causado estado (Art. 19). Otros ejemplos de la legislación ecuatoriana confirman la recepción plena de la ejecutividad administrativa: el COOTAD, expedido en septiembre de 2010, señala que los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados serán “inmediatamente ejecutables” y supedita la suspensión de ese acto a la decisión discrecional del órgano administrativo, previa ponderación del “interés público y el interés particular en conflicto” (Art. 366) y que los actos que no estuvieren notificados al administrado no tendrán eficacia.

El Código Tributario también se refiere a la ejecutoriedad y dispone que los actos de la administración tributaria están llamados a cumplirse, “pero serán ejecutivos, desde que se encuentren firmes o se hallen ejecutoriados” (Art. 82). De esta norma se desprende que para los procedimientos administrativo tributarios el Código prevé idéntica posición que la establecida en el ERJAFE y el COOTAD, al señalar que todo acto administrativo de determinación de obligación tributaria, entendiéndose por tal no solamente el que fija un valor a satisfacer sino también el cumplimiento de cualquier obligación formal, no será eficaz ni ejecutivo respecto del contribuyente al que no se hubiere efectuado la notificación (Código Tributario, Art. 85 inciso segundo).

La ejecutividad es un principio de aplicación general para todo tipo de actos administrativos, tanto para los que producen efectos de pleno derecho, declarativos, como para los que expresan una prohibición o mandato cuyo incumplimiento puede exigir su ejecución coactiva por parte de la Administración¹²¹. Por tanto, el principio de ejecutividad y la regla de la eficacia inmediata de los actos y resoluciones que expide la administración, siempre están condicionados a la notificación previa. La notificación de los actos se erige así como una trascendental exigencia creada por el Derecho Administrativo para precautar el derecho de defensa del administrado y los principios de contradicción y publicidad inherentes a todo procedimiento.

El análisis anterior nos revela cómo el Derecho Administrativo debe ajustar el rigor de una autotutela basada en la presunción de legitimidad y la exigencia de su eje-

121 Alfredo GALLEGO ANABITARTE, Ángel MÉNDEZ REXACH, *et al. Op. cit.*, p. 233.

cutividad, para equilibrar sus efectos mediante un régimen de derechos y garantías reconocidos a favor de los administrados, a fin de que ninguna declaración de voluntad de un órgano administrativo, definitiva o de mero trámite, pueda afectarle antes de que ese administrado conozca el contenido íntegro del acto, con la posibilidad de atacarlo si hubieren violaciones al derecho, mediante instrumentos eficaces que impidan su ejecución.

Como se verá a continuación, la práctica del Derecho Administrativo no siempre permite alcanzar ese propósito, no obstante que en los distintos sistemas legales la ejecutividad de los actos administrativo ha dejado de ser una regla de carácter absoluto. Actualmente, el principio ha empezado a admitir excepciones que imponen la cesación de efectos de los actos administrativos conforme lo prevén los Arts. 68, 125 No. 2 y 161 del ERJAFE, y otras normas legales aplicables a los procedimientos en sede administrativa, disposiciones todas ellas orientadas a precautelar la libertad de los administrados sin afectar el normal funcionamiento de la Administración Pública.

3.4. De la suspensión de los efectos de los actos administrativos

La suspensión de efectos de un acto administrativo es un tema que cobra importancia en regímenes jurídicos que, como el ecuatoriano, se sustentan en el principio de autotutela de la Administración y que, por la inercia de leyes anacrónicas antes que por una reflexión jurídica enderezada a tal propósito, mantienen la presunción de legitimidad y la ejecutividad de los actos como si se tratase de verdaderos dogmas de fe.

Esa importancia se confirma porque el instituto de la suspensión de los actos administrativos puso al servicio de los derechos humanos, una eficaz herramienta para precautelar la libertad, la propiedad y la seguridad de los ciudadanos, con el fin de protegerlos de los excesos que inevitable y frecuentemente provocan sistemas de Derecho Público concebidos a partir de los fueros y privilegios que entronizan el poder del Estado.

La suspensión de la eficacia del acto administrativo es una especie del amplio género de medidas cautelares que la autoridad pública y el juez contencioso pueden utilizar para tutelar el derecho subjetivo de los ciudadanos, la vigencia del principio de legalidad y asegurar la eficacia de la decisión final. La importancia del instituto de la suspensión frente a otras medidas cautelares surge de su incidencia directa en la ejecutividad del acto administrativo, y esto es lo que ha llevado a la doctrina a subrayar especialmente esta medida cautelar sobre otras que se mencionan más adelante.

A diferencia de la cesación definitiva, la suspensión de un acto administrativo se refiere a la interrupción transitoria de sus efectos, de conformidad con las previsiones del ordenamiento jurídico. Si la paralización de los efectos fuere definitiva, no se trataría de una suspensión sino de la extinción del acto.

Como principio, la ejecutividad del acto debería quedar supeditada a la vigencia de la legalidad, de manera que frente a cualquier decisión administrativa que, *prima facie*, revele vicios que podrían conllevar su revocación o nulidad, la autoridad viene obligada a suspender tal ejecutividad.

Según la doctrina española pueden distinguirse al menos dos supuestos en que tal suspensión puede ocurrir: el primero, la de los efectos jurídicos del acto meramente declarativo, identificado como *suspensión de la eficacia* propiamente tal; y el segundo supuesto, cuando la suspensión se refiere a la ejecución misma y es aplicable a los actos administrativos susceptibles de ejecución, identificada como *suspensión de la ejecución*.¹²²

Frente a la pregunta de cuál sería la causa eficiente en virtud de la cual el administrador o el juzgador podrían válidamente disponer la suspensión de un determinado acto, la respuesta categórica sería la norma jurídica que prevé tal medida o, el principio de derecho que sirve de fundamento para su adopción.

Al igual que la legislación positiva de otros países que desafortunadamente abrevaron de las directrices *Estado-céntricas* del modelo francés, el sistema de Derecho Administrativo ecuatoriano también reconoce el instituto de la suspensión y ciertas excepciones al principio de ejecutividad de modo restrictivo, según se examina más adelante.

3.5. De las clases de medidas suspensivas de actos administrativos

Como es conocido, para fines didácticos más que de orden práctico, la doctrina categoriza conceptos jurídicos adoptando criterios que facilitan una mejor comprensión de los elementos que componen un determinado instituto.

Respecto a las medidas suspensivas de actos administrativos, también podrían proponerse distintos criterios de clasificación que cumplan el propósito de desentrañar la naturaleza de la institución y faciliten su cabal conocimiento. Entre tales criterios

122 Alfredo GALLEGO ANABITARTE y Ángel MÉNDEZ REXACH. *Op. cit.* p. 248.

propongo uno que atiende al fundamento inmediato de la medida suspensiva, según esta haya sido dispuesta por la ley, por el órgano administrativo competente u ordenada por el juzgador.

Este criterio podría resultar discutible si se considera que, en último caso, toda medida suspensiva deberá estar prevista en una norma jurídica o derivar de un principio de Derecho reconocido en el ordenamiento legal; sin embargo, el criterio de clasificación no se refiere a la fundamentación mediata sino al sustento inmediato y más próximo de la medida suspensiva que se adopta en un caso concreto.

3.5.1. Suspensión automática de la eficacia de los actos por mandato legal.

Las leyes ecuatorianas han venido reconociendo en determinados casos que la eficacia del acto administrativo puede suspenderse a partir del momento en que el administrado plantea una impugnación: sea esta en sede administrativa o en sede jurisdiccional. Bajo una u otra hipótesis, el administrado no está obligado a solicitar esa suspensión, ni siquiera a fundamentarla en derecho; tampoco le está atribuido al órgano administrativo o al juez resolver nada a este respecto, por cuanto dicha suspensión deriva de un mandato dispuesto por el legislador.

En otras palabras, la suspensión prevista en la norma o *suspensión legal*, no requiere de disposición administrativa ni de providencia judicial que la dispense, porque ya está ordenada en la ley y opera por su ministerio. Así, en el ámbito administrativo tributario, el Código Tributario ha previsto que la presentación de un reclamo o de la demanda suspenderá automáticamente la ejecución del acto de determinación.

Adicionalmente, varias leyes expedidas durante el período 1979-2004 muestran una línea de evolución del Derecho Público más favorable a la libertad de los ciudadanos y menos comprometida con la ejecutividad del acto administrativo. Gracias a este proceso que es conforme a la tutela judicial efectiva, nuestro sistema legal ha establecido medidas suspensivas automáticas de las decisiones administrativas cuando la legalidad de tales decisiones está siendo discutida por el afectado. Lamentablemente, entre 2007 y 2013 un sinnúmero de reformas han venido a menoscabar sistemáticamente eso que comportó un notable avance legislativo, retro trayendo el régimen jurídico administrativo ecuatoriano al arcaísmo de una ejecutividad plena con la consecuente afectación de la tutela efectiva de derechos.

3.5.1.1. Progresos jurídicos en materia de suspensión de los efectos de los actos administrativos (período 1973-2002)

En el período 1973-2002, los ciudadanos vivieron, al menos formalmente, una de las etapas más propicias en términos de la tutela efectiva de sus derechos frente al poder público. En un lapso de veinte y siete años y pese a sus notorias deficiencias y a un escaso respaldo de la jurisprudencia, el Derecho Administrativo ecuatoriano paulatinamente empezó a superar uno de sus dogmas más arcaizantes como es el principio de ejecutividad de los actos administrativos. Varias leyes marcaron un relativo progreso en esta materia y con ponderada técnica previeron la suspensión automática de los actos impugnados, con el fin de precautelar el derecho a la defensa de las personas y un mínimo de garantías al debido proceso.

Estos ejemplos que ilustran aquello que podría ser identificado como un signo favorable a la libertad de los administrados son los siguientes: el segundo inciso del Art. 76 de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformado en septiembre de 1973; los Arts. 150 y 262 del Código Tributario expedido en diciembre de 1975¹²³; el Art. 19 de la Ley Orgánica de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito de diciembre de 1993; el Art. 120 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva de marzo de 1994; el Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión, reformado en mayo de 1995; y, el Art. 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, de junio de 2002¹²⁴.

Las normas mencionadas revelan cómo el Derecho Administrativo en nuestro país empezó a relativizar la eficacia inmediata de los actos administrativos y fijó cada vez más excepciones al principio de ejecutividad, evidencia incontestable de una línea de progreso en defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

123 Los Arts. 150 y 262 del Código Tributario expedido en 1975 corresponden a los Arts. 149 y 247 de la Codificación del Código Tributario publicada en el Registro Oficial 38-S de 14 de junio de 2005. Se debe destacar que estas normas ya venían establecidas como Arts. 150 y 262 en su orden del Código Tributario expedido en 1975, publicado en el Registro Oficial 958-S, de 23 de diciembre de 1975. El texto de estas disposiciones es el siguiente: “Art. 150, inc. 3.-[...] Mientras se hallare pendiente de resolución un reclamo o un recurso administrativo, no podrá emitirse título de crédito”. “Art. 262, inc. 1.- La presentación de la demanda contencioso tributaria suspende de hecho la ejecutividad del título de crédito que se hubiere emitido. Por consiguiente no podrá iniciarse coactiva para su cobro, o se suspenderá el procedimiento de ejecución que se hubiere iniciado”.

124 La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se expidió mediante Ley 73 publicada en el Registro Oficial 595-S de 12 de junio de 2002, dispone al respecto: “Art. 62.- Efecto del otorgamiento del recurso.- La notificación de la providencia que concede el recurso de revisión, interrumpirá los plazos de caducidad y prescripción, previstos en esta Ley, y suspenderá los efectos de la resolución original recurrida. La revisión no constituye requisito previo para impugnar una resolución ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo”.

Este proceso arrancó en 1975 bajo una dictadura militar cuando se expidió el Código Tributario, pero fue definiéndose con perfiles más nítidos durante el período 1979-2004 a través de varias leyes expedidas bajo distintos gobiernos democráticos correspondientes a este período. Las reformas legales que vendrán a partir de 2007, introducen lamentables retrocesos en esta materia según explico más adelante.

3.5.1.1.1. La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, reformada en septiembre de 1973

Conforme ha quedado indicado, esta Ley fue expedida en marzo de 1968¹²⁵ y fijó el principio de ejecutividad de los actos con un mandato imperativo de que ni siquiera la interposición del recurso contencioso suspenderá el cumplimiento del acto administrativo.

A escasos cinco años de vigencia, el carácter absoluto de esa regla mostró su incompatibilidad con el derecho de defensa. Por ello, mediante reforma expedida en septiembre de 1973¹²⁶ se introdujo un inciso al comentado Art. 76 de la Ley, con el propósito de crear la primera excepción al principio de ejecutividad: los servidores del Estado que hubieren rendido caución para el ejercicio de su cargo y que hubieren interpuesto el recurso contencioso en contra de resoluciones de la Contraloría del Estado en el juzgamiento de cuentas, se beneficiarán de la suspensión del acto que impugnaron (Art. 76 inc. 2).

Esta norma no deja de constituir un factor de evolución a favor del derecho de los justiciables, si se considera que limitó la ejecutividad de los actos de la Contraloría del Estado para hacer efectivo el derecho a la defensa de los servidores públicos que accionaren en vía contenciosa, para enervar el juzgamiento de cuentas públicas hasta que se dicte sentencia. Sin embargo, debe considerarse que, a través de esa norma, que fue introducida por la dictadura militar de 1973, se consagró una injustificada desigualdad entre los administrados porque su previsión de suspender la eficacia del acto, amparaba exclusivamente a los funcionarios del Estado y no a todos. Los pro-

125 Publicada en el Registro Oficial 338 de 18 de marzo de 1968, derogada por el Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506 de 22 de mayo de 2015.

126 Decreto Supremo No. 1077 publicado en el Registro Oficial 392 de 17 de septiembre de 1973: “Al Art. 76 agréguese el siguiente inciso: ‘Exceptúense de lo dispuesto en el artículo el inciso anterior los recursos que se propusieren contra resoluciones que expidiere la Contraloría General de la Nación en el juzgamiento de Cuentas, siempre que el rindente hubiere prestado caución para el desempeño del cargo. Cuando no la hubiere prestado o no la mantuviere vigente al momento de promover su acción, se le exigirá garantía hasta la cantidad de cincuenta mil sucres, o en proporción a las cauciones que para cargos semejantes suele exigirse”.

tegidos fueron solamente los que hubieren rendido caución para el desempeño de su cargos. Los demás servidores públicos no gozaban de este privilegio.

Aunque aquella reforma esté alineada con el principio de tutela judicial y el derecho de defensa de quien acciona en sede contenciosa, aquella no pretendió plasmar ningún principio de Derecho Administrativo, menos aún hacer efectiva la tutela judicial en sede contenciosa. Basta recordar la persecución que inició esa dictadura contra los Ministros del Tribunal Fiscal para concluir que ningún propósito altruista la inspiraba al momento de expedir sus decretos supremos.

La *ratio legis* de la reforma de septiembre de 1973 fue que la dictadura advirtió que la Contraloría General de la Nación podía fiscalizar sus actuaciones y glosar a sus funcionarios más cercanos mediante actos ejecutivos de cumplimiento inmediato; esto le obligó a poner a buen recaudo a todos quienes bajo la ensoñación del “nacionalismo revolucionario” tomaron control del Estado y desvalijaron las arcas fiscales que estaban siendo generosamente nutridas con el precio internacional del petróleo.

Han transcurrido más de cuatro décadas desde la aprobación de esta reforma legal, y aunque tuviere tan deshonroso antecedente, la demora del trámite del juicio contencioso y las injusticias a que ha dado lugar llevan a la conclusión de que sería conveniente para nuestro sistema establecer un régimen de suspensión automática de actos administrativos como norma general a favor de todos los administrados, y no solamente en beneficio de ciertos funcionarios del Estado, suspensión que operaría mediante una previsión legal que así lo disponga como ya ocurría en el ámbito contencioso tributario en el período 1975-2007. Por tanto, la norma que ha venido privilegiando exclusivamente a los funcionarios que han rendido caución para ejercer el cargo público, debió extenderse a favor de todos los accionantes que acuden a la vía jurisdiccional para plantear sus pretensiones, independientemente de que sean o no servidores públicos.

El fundamento de esta opinión la encuentro en varios tratados internacionales suscritos por el Ecuador para la protección de los derechos humanos y, desde luego, en la tradición constitucional de nuestro país. La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Art. 10), la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 24), la Constitución de 2008 (Arts. 11 No. 2, 66 No. 4), la Constitución Política de 1998 (Art. 23 numeral 3) y todas las Constituciones que se han expedido durante la vida republicana del Ecuador sin excepción, han consagrado la igualdad de los ciudadanos ante la ley: es decir que, toda persona sin discrimen de ninguna naturaleza tiene derecho a una igual protección de la ley.

El Art. 76 inc. 2o. de la LJCA mientras rigió, protegió desigualmente a los administrados y creó privilegios a favor de ciertos funcionarios públicos, por tanto, es una norma que fue siempre contraria a la Constitución y al mandato de tratados internacionales de protección de derechos humanos suscritos por el Ecuador. Por esto, aunque no se expida una ley formal que reforme este régimen de desigualdad en que la demanda contenciosa se suspende para unos y no para otros, corresponderá a los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo hacer efectivo el derecho fundamental a la igualdad de las personas y extender la aplicación de los efectos suspensivos de la impugnación contenciosa a todos los administrados que accionan a través de la vía jurisdiccional, cuando solicitan la suspensión de los efectos de un acto administrativo, sin excepciones discriminatorias. El fundamento de esa suspensión serían las normas constitucionales y de los tratados internacionales de protección referidos anteriormente.

Las reformas introducidas en el ámbito del contencioso administrativo por el COFJ y, posteriormente por la derogatoria de la LJCA por parte del COGEP no han alterado significativamente esta desigualdad puesto que los servidores públicos que impugnan actos de la Contraloría General del Estado tienen derecho a la suspensión inmediata del acto impugnado.

En materia contencioso tributaria, la desigualdad es aún más ostensible puesto que el COGEP prevé que la suspensión automática del acto de determinación de la administración tributaria se suspenderá solamente para aquellos accionantes que alcancen a rendir la caución del 10% de la cuantía del juicio; en caso contrario, no podrán obtener el beneficio de la tutela judicial suspensiva (Art. 324).

3.5.1.1.2. El Código Tributario

Expedido en diciembre de 1975 bajo una dictadura militar, y codificada treinta años después, en junio de 2005¹²⁷, este Código aún se mantiene como uno de los productos legislativos mejor logrados del ordenamiento ecuatoriano, gracias al esfuerzo de un grupo de profesionales que, en 1974, integró la Comisión Interinstitucional creada para su elaboración.

La estructura del Código Tributario y varias de las garantías previstas para precautelar el derecho de los contribuyentes han logrado sobrevivir al sinnúmero de reformas

¹²⁷ El Código Tributario fue publicado en el Registro Oficial 958-S, de 23 de diciembre de 1975. La Codificación fue publicada en el Registro Oficial 38-S de 14 de junio de 2005.

originadas en anteproyectos preparados por empleados del Servicio de Rentas Internas desde 1998 en adelante, y a una codificación inconsulta hecha por la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional, en el año 2005.

Dicho Código previó como regla general que la sola presentación de un reclamo o de un recurso administrativo, o de la demanda contencioso tributaria suspenda automáticamente la eficacia de los actos administrativos impugnados, e impide a la administración iniciar procedimientos coactivos para el recaudo de las obligaciones tributarias contenidas en esos actos (Arts. 149 y 247 de la Codificación). Las disposiciones más relevantes de la suspensión legal en materia tributaria, podrían sintetizarse así:

- La inexistencia de una resolución administrativa firme y ejecutoriada impedía a la Administración iniciar el proceso de ejecución de una obligación tributaria o de una sanción por infracción a las normas tributarias (Art. 149 inciso 1).

- La interposición de un reclamo o de un recurso administrativo impide a la Administración Tributaria emitir títulos de crédito. Por tanto, la reclamación o la impugnación vía recurso suspende la ejecutividad de resoluciones que impongan una obligación tributaria (Art. 149 inciso 3);

- Iniciado el procedimiento de ejecución que regula el capítulo V del título II del Código Tributario, las observaciones que el contribuyente llegare a presentar respecto del título de crédito dentro de ocho días de que fue notificado, suspenden la ejecutividad de los créditos tributarios (Art. 151);

- Aun después de citado el auto de pago que contiene el mandamiento de ejecución, el contribuyente puede proponer un juicio de excepciones fundamentado en alguna de las causales previstas en el Art. 212 del Código Tributario. Propuestas las excepciones, se suspende el procedimiento de ejecución (Art. 214);

- La presentación de la demanda contencioso tributaria suspendía la ejecutividad del título de crédito contentivo de obligación tributaria (Art. 247).

Subrayo que, en todos estos casos, la suspensión de la eficacia de los actos y decisiones administrativas en materia tributaria operaba automáticamente por mandato legal y no porque el contribuyente debía solicitar dicha suspensión a la Administración Tributaria o al Tribunal Distrital Contencioso Tributario, ni porque estos debían disponer nada respecto de tal suspensión. En una materia tan delicada para el soste-

nimiento del Estado como es la recaudación de tributos, el principio de ejecutividad había cedido paso al derecho fundamental de defensa de los contribuyentes y no por ello el Estado había dejado de percibir tributos ni los ciudadanos habían dejado de pagar sus impuestos.

A pesar de que estas disposiciones se mantuvieron en el Código Tributario hasta época muy reciente, en los últimos años se han producido algunos retrocesos que han menoscabado el derecho de los contribuyentes ecuatorianos, colocándolos en una etapa anterior a 1975, cuando la dictadura militar expidió este Código con principios y garantías más avenidas con la tutela judicial efectiva.

Según el análisis que consta más adelante, se verá que a partir del año 2007 en que se expidió la “Ley para la Equidad Tributaria” y de 2015 en que se dictó el COGEP, este derecho fundamental de los contribuyentes se verá seriamente afectado.

3.5.1.1.3. Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito

La Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito expedida en diciembre de 1993¹²⁸ trajo en esta materia disposiciones más avanzadas que las del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización expedido diecisiete años después.

El Art. 19 que reconoce los principios de legalidad y ejecutividad, señala que los actos administrativos que expida el Concejo Municipal y los órganos de la administración distrital podrán ser ejecutados solamente cuando causen estado, bien sea “por encontrarse firmes o hallarse ejecutoriados”¹²⁹. La literalidad de la norma nos lleva a la conclusión de que si el administrado interpone un recurso jerárquico administrativo ante el Alcalde del Distrito Metropolitano conforme prevé la misma ley (Art. 21) quedará inmediatamente suspendida la eficacia del acto recurrido, sin que sea necesario un pronunciamiento administrativo que así lo declare.

128 La Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito expedida en diciembre de 1993 y publicada en el Registro Oficial 345 de 27 de diciembre de 1993.

129 El Art. 19 de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito tiene el siguiente tenor: “Los actos administrativos del Concejo y los de la administración distrital gozan de las presunciones de la legitimidad y ejecutoriedad y están llamados a cumplirse; pero serán ejecutados una vez que causen estado, sea por encontrarse firmes o hallarse ejecutoriados. Son actos firmes aquellos respecto de los cuales no se hubiere formulado reclamo o recurso alguno dentro del plazo legal. Son ejecutoriados los actos que resuelven reclamos o recursos y respecto de los cuales no hay lugar a instancia administrativa ulterior”.

De la redacción condicional y bien pensada de esta disposición de la ley, se desprende que la ejecución del acto administrativo quedará suspendida mientras se discute su legalidad, ya sea por encontrarse pendiente un recurso en sede administrativa (ejecutoriedad suspendida) ya sea porque se hubiere interpuesto un recurso contencioso administrativo (firmeza suspendida). Desde este punto de vista, la función tutelar del procedimiento administrativo en el Distrito Metropolitano de Quito es más avanzada en la protección del administrado que la de las disposiciones del ERJAFE, pues este último fija como regla general la ejecutividad de los actos.

Las pocas pero asertivas disposiciones que trae la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito de diciembre de 1993 establecieron un régimen avanzado de tutela efectiva de derechos para los vecinos del Distrito Metropolitano, porque el principio de ejecutividad quedó supeditado al derecho de defensa del recurrente que discute la legalidad de la actuación municipal, en sede administrativa o jurisdiccional.

3.5.1.1.4. Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (ERJAFE), marzo de 1994

Como se conoce, el ERJAFE no tiene rango de ley, y sin embargo de que es un reglamento delegado contenido en un Decreto Ejecutivo, sus normas de efectos generalmente obligatorios y su trascendencia para el derecho público ecuatoriano me llevan a incluirlo en esta enumeración, junto con otras leyes.

El ERJAFE se expidió en marzo de 1994¹³⁰ en el marco del proceso de modernización del Estado ecuatoriano iniciado en diciembre de 1993, con la expedición de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada¹³¹. Desde su expedición, previó como regla general que el recurso administrativo no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado, con excepción de aquellos casos en que el recurrente hubiere invocado una causal de nulidad de pleno derecho¹³². En este último supuesto, se alcanzaba au-

130 Decreto Ejecutivo No. 1634, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 411 de 31 de marzo de 1994.

131 Ley 50 publicada en el Registro Oficial No. 349 de 31 de diciembre de 1993.

132 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (R. O. No. 411, 31-03-1994): “Art. 120.- La interposición de cualquier recurso, salvo en el que se alegue la nulidad de pleno derecho y los demás en que se establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución del acto recurrido, en caso que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”.

tomáticamente dicha suspensión, porque, con acertado criterio, se consideró que la decisión administrativa afectada por un vicio grave no admitía ejecutividad.

En julio y diciembre de 2002, se expide y reforma dicho Estatuto, integrándolo en dos libros¹³³. El Libro II fijó reglas de procedimiento aplicables a la Administración Pública Central, tomándolas de la Ley de Régimen Jurídico Administrativo y de Procedimiento Administrativo Común vigente en España.

La reforma de 2002 mantuvo el principio traído desde 1994, de que la invocación de una nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado, suspendía automáticamente sus efectos (Art. 189 No.2)¹³⁴. En otras palabras, la eficacia del acto administrativo quedaba suspendida *ipso iure* desde el momento de interposición del recurso, y no era necesaria la declaratoria de la autoridad llamada a resolver el recurso administrativo. Tampoco le era exigible al recurrente petición expresa en tal sentido, pues la letra y el espíritu de la disposición estatutaria mandaban que la sola presentación del recurso en que se invocaba una causal de nulidad suspendía automáticamente la ejecutividad del acto.

En parte, esta disposición estatutaria fue tomada del Art. 111.2. b) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común vigente en España, cuerpo normativo al que nuestro Estatuto adeuda la casi totalidad de las disposiciones del Libro II. Es de destacar que la *ratio legis* de esta norma de la legislación española, al igual que la del ERJAFE, tiende a asegurar el respeto de la legalidad en las actuaciones administrativas y una sanción suspensiva de aquellos actos groseramente viciados, para impedir que su eficacia lesione derechos subjetivos de los administrados.

Las causales de esta nulidad están tasadas en los Arts. 94 y 129 del ERJAFE y podrían sintetizarse en las siguientes: incompetencia manifiesta del órgano que dictó el acto en razón de la materia, el tiempo o territorio; imposibilidad física de ejecutarlo o que sea constitutivo de delito; violación de derechos o garantías constitucionales;

133 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, contenido en el Decreto Ejecutivo No. 2428, publicado en el Registro Oficial 536 de 18 de marzo de 2002. Posteriormente se reformaron artículos mediante Decreto Ejecutivo No. 339 publicado en el Registro Oficial 733 de 27 de diciembre de 2002.

134 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva: “Art. 189 (agregado mediante Decreto Ejecutivo 3389 publicado en el R. O. 733, 27 de diciembre de 2002).- [...] 2 [...] Si el recurso se fundamenta en alguna de las causales de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 130 (129) de este estatuto, la ejecución del acto se suspenderá inmediatamente con la presentación del recurso”. Esta disposición del numeral 2 fue derogada por el Decreto Ejecutivo No. 171 publicado en el Registro Oficial 47 de 21 de marzo de 2007.

indebida motivación o falta de motivación. En otras palabras, desde marzo de 1994, la primera normativa de procedimiento administrativo en Ecuador, equilibró apropiadamente las prerrogativas propias del derecho público con los derechos fundamentales de las personas al subordinar el artificioso principio de ejecutividad de los actos al derecho constitucional de defensa y a la tutela efectiva de derechos de los administrados, bajo un régimen de suspensión automática de actos administrativos impugnados por una causal de nulidad de pleno derecho por parte del recurrente. De este modo, correspondía al órgano administrativo decidir si aceptaba o desestimaba la nulidad invocada. Se debe destacar, sin embargo, la insuficiencia de esta previsión puesto que la suspensión de los efectos del acto administrativo se limitaba solamente a aquellos actos impugnados en que se alegaba una nulidad de pleno derecho. En este sentido, el Código Tributario de 1975 y la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito de 1993 establecían una protección más expedita de los administrados, según se ha analizado en los acápites precedentes.

Se debe subrayar que la disposición estatutaria que comento (Art. 189 No. 2) mantuvo su vigencia hasta marzo de 2007. El Decreto Ejecutivo 171¹³⁵ suprimió esta que fue una garantía de los particulares frente al abuso de cualquier actuación administrativa manifiestamente contraria a Derecho. Actualmente, este artículo prevé el efecto suspensivo del acto impugnado vía recurso administrativo, solamente en el supuesto de que el órgano de la Administración que conoce de ese recurso pondere, a su arbitrio, la conveniencia de la suspensión. Esta derogatoria que se introdujo en marzo de 2007 revela una refinada estrategia de autoritarismo, que privilegia las prerrogativas del poder público por sobre los mecanismos que el procedimiento administrativo creó para defender y asegurar la libertad del ciudadano. Desde la perspectiva de nuestra libertad, a partir de 2007, Ecuador vive un lamentable retroceso como se analiza más adelante¹³⁶.

3.5.1.1.5. Ley de Radiodifusión y Televisión reformada en mayo de 1995

Las reformas introducidas a la Ley de Radiodifusión y Televisión en mayo de 1995¹³⁷

135 El Decreto Ejecutivo 171. Registro Oficial 47 de 21 de marzo de 2007. La expedición de este Decreto se hizo en apenas dos meses seis días desde que el gobierno de Rafael Correa Delgado asumió el poder.

136 *Vid.* Capítulo 3.5.1.2.1. que analiza el contenido del Decreto Ejecutivo 171 de 21 de marzo de 2007.

137 La Ley de Radiodifusión y Televisión se expidió mediante Decreto Supremo 256-A publicado en el Registro Oficial 785 de 18 de abril de 1975, fue reformada en 1995 mediante Ley publicada en el Registro Oficial 691 de 9 de mayo de 1995 y en 2002 mediante Ley 89 publicada en el Registro Oficial No. 699 de 7 de noviembre de 2002. Hasta antes de 2013, en ninguna reforma se menoscabaron derechos de los concesionarios de radio o televisión. Con la expedición de la Ley Orgánica de Comunicación esto cambió, porque, de los aproximadamente 70 artículos que

acertaron en eliminar el principio de ejecutividad de las decisiones administrativas en esta materia, con el fin de precautelar mejor el derecho de defensa de los concesionarios de frecuencias de radio y televisión que recibían una concesión y, para el efecto, hacían inversiones, generaban empleo y comunicaban a la sociedad.

El Art. 67 reformado previó que la Superintendencia de Telecomunicaciones no podía ejecutar una decisión de cancelación de frecuencia sin una resolución en firme del Consejo o sentencia ejecutoriada del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Más aún, la norma mantuvo el efecto suspensivo del acto hasta que se produzca la decisión final de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el evento de que el concesionario hubiere interpuesto un recurso de casación¹³⁸. La reforma de mayo de 1995 a la Ley de Radiodifusión y Televisión comportó un avance que se inscribía en este proceso de afianzamiento del derecho subjetivo de los administrados frente a las administraciones públicas.

Es de destacar que la versión que introdujo la reforma del año 2002 es muy similar al texto que tenía el artículo en mayo de 1995, y que al igual que la suspensión de los actos administrativo tributarios, en materia de concesiones de radio y televisión no se requería pronunciamiento administrativo ni judicial para que se produzca la suspensión inmediata del acto administrativo que declaraba terminado un contrato de concesión de frecuencia de radio o de televisión o que imponía sanciones. Bastaba la interposición del recurso administrativo o de la acción contencioso administrativa para que la ejecutividad de la resolución sancionadora quede suspendida.

3.5.1.1.6. Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado de junio de 2002

En esta Ley Orgánica¹³⁹ se establece el recurso de revisión para impugnar decisiones administrativas del Contralor del Estado, en la determinación de responsabilidades administrativas y civiles culposas.

tenía la Ley de Radiodifusión y Televisión, hoy están derogados 50 de esos artículos por dicha Ley.

138 El Art. 67 reformado traía una disposición muy apegada al derecho constitucional a la tutela judicial, que rompía el dogma de la ejecutividad de los actos administrativos: “La cancelación de la concesión acarrea la clausura de la estación, pero la Superintendencia no podrá ejecutar esta medida mientras no haya resolución en firme del Consejo o sentencia ejecutoriada del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de que cualquiera de las partes hubiere interpuesto el recurso de casación, [...]”. Esta disposición tan avanzada para precautelar el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva sufrió un lamentable retroceso cuando fue derogada por la Ley Orgánica de Comunicación publicada en el Registro Oficial 22-III S de 25 de junio de 2013.

139 La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado se expidió mediante Ley 73 publicada en el Registro Oficial 595-S de 12 de junio de 2002.

Aceptado a trámite este recurso quedan automáticamente suspendidos los efectos de la resolución administrativa impugnada (Art. 62)¹⁴⁰. La ley prevé la suspensión *ipso iure* de los efectos de las resoluciones que determinen responsabilidad civil culposa de los sujetos pasivos de control (funcionarios del Estado, o terceros que manejen recursos públicos). Es de destacar que la suspensión de los efectos solo ocurre a partir de la notificación de la providencia que concede el recurso y no al momento de su presentación, como debería ser. Esta sutileza del Art. 62 de la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado es uno de aquellos artificios tan frecuentes en leyes cuyos anteproyectos son elaborados por los mismo funcionarios interesados en aplicarlas, para quienes resulta más atractivo resguardar la isla de poder institucional que representan antes que consagrar en las normas de derecho que proponen los más avanzados principios del Derecho Administrativo. La injusticia que envuelve tal situación es evidente si se considera que, en la práctica administrativa de la Contraloría del Estado, la notificación de la providencia que concede un recurso de revisión puede tomar varios meses desde la fecha de presentación del recurso.

En todo caso, no se puede desconocer que esta ley fue la última en el período analizado que registró esta progresividad en el reconocimiento del derecho de los particulares frente a la ejecutividad de los actos administrativos. A partir del año 2007, se iniciará una etapa regresiva en esta materia conforme se analiza a continuación.

Según se ha insistido en el análisis que precede, el derecho de defensa de un administrado y la tutela judicial efectiva imponen en el ámbito del Derecho Público que, mientras se discute la legalidad de una decisión de autoridad pública esta no puede ni debe ejecutarse pues de otra manera, el recurso administrativo o la acción contencioso administrativa pierden sentido y los perjuicios que podrían derivar de la ejecución, podrían ser de difícil o imposible reparación.

Aun cuando pudieran ocurrir situaciones de abuso del derecho por parte de los recurrentes o de los accionantes, el costo de ese hipotético abuso siempre será inferior al que hoy se está provocando a los particulares que quedan sujetos al arbitrio ejecutivo de los órganos del Estado, en el que el Derecho Administrativo dejó de ser el instrumento de defensa de los ciudadanos para convertirse en el santuario de las prerrogativas públicas y de las ficciones teóricas que se argumentan para menosca-

140 La Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, dispone al respecto: “Art. 62.- Efecto del otorgamiento del recurso.- La notificación de la providencia que concede el recurso de revisión, interrumpirá los plazos de caducidad y prescripción, previstos en esta Ley, y suspenderá los efectos de la resolución original recurrida. La revisión no constituye requisito previo para impugnar una resolución ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo”.

bar la libertad de los ciudadanos y de las personas jurídicas privadas. La carga de esta situación ha resultado más pesada porque con ella vienen aparejadas dolorosas consecuencias en términos de corrupción y desinstitucionalización del Estado.

3.5.1.2. Retrocesos jurídicos en materia de suspensión de los efectos de los actos administrativos (período 2007-2013)

El primer retroceso que mayor afectación produjo al derecho de los administrados fue la reforma al ERJAFE que se hizo en marzo de 2007, a escasos dos meses de iniciado el gobierno del Presidente Rafael Correa; el segundo, la promulgación de la denominada Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador, aprobada por la Asamblea Constituyente de Montecristi en ese mismo año, en diciembre de 2007, el tercero vino con la aprobación de la Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado de 24 de noviembre de 2011 y el cuarto, no menos regresivo que los tres anteriores, la expedición de la Ley Orgánica de Comunicación de junio de 2013.

A continuación analizaré cada una de estas innovaciones legislativas y comentaré cómo la ejecutividad de las decisiones administrativas que en dichas normas se consagra han supuesto una disminución de los espacios de libertad de los particulares.

3.5.1.2.1. Reforma al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva ¹⁴¹, marzo de 2007

Según hemos señalado, el ERJAFE se expidió en marzo de 1994 en el marco del proceso de modernización del Estado ecuatoriano y fue reformado en 2002. Desde su promulgación, previó como regla general que el recurso administrativo no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado, con excepción de aquellos casos en que el recurrente hubiere invocado una causal de nulidad de pleno derecho¹⁴².

La suspensión de los efectos del acto recurrido se alcanzaba automáticamente, porque desde 1994 el Estatuto consideró que la decisión administrativa afectada por un

141 Decreto Ejecutivo No. 1634, publicado en el Segundo Suplemento del Registro Oficial No. 411 de 31 de marzo de 1994.

142 Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (R. O. No. 411, 31-03-1994): “Art. 120.- La interposición de cualquier recurso, salvo en el que se alegue la nulidad de pleno derecho y los demás en que se establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado, pero a quien compete resolverlo podrá suspender de oficio o a instancia de parte la ejecución del acto recurrido, en caso que dicha ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación”.

vicio grave no admitía su ejecutividad, asegurando así los derechos de defensa y de tutela efectiva que venían consagrados constitucionalmente.

Esta disposición estatutaria, no obstante su previsión tutelar de los derechos ciudadanos, fue eliminada mediante reforma adoptada al inicio del gobierno del Presidente Rafael Correa Delgado, mediante Decreto Ejecutivo de 21 de marzo de 2007¹⁴³, cuando este decidió derogar el numeral 2 del Art. 189 del ERJAFE, exclusivamente en aquella parte que disponía la suspensión automática de los efectos del acto administrativo cuando el ciudadano invocaba una causal de nulidad de pleno derecho.

Para justificar esta reforma, el Decreto Ejecutivo 171 utiliza dos argumentos: (i) una supuesta contradicción con los Arts. 68 y la primera parte del Art. 189 numeral 2 del ERJAFE; y, (ii) la ocurrencia de un “fenómeno sumamente dañino para los intereses de la Administración Pública” porque el órgano del Estado no podrá decidir a su arbitrio la suspensión de sus decisiones administrativas y ello “sacrificaría el interés público” por el interés particular.

Encuentro insalvables debilidades en estas dos afirmaciones que constan en la exposición de motivos del Decreto 171. La suspensión de la eficacia de un acto administrativo no es ni puede ser contradictoria con la presunción de legitimidad consagrada en el Art. 68 del ERJAFE, porque son conceptos distintos para el Derecho Administrativo, tanto es así que, en derecho comparado, todo ordenamiento jurídico administrativo que ha previsto la presunción de legitimidad ha establecido simultáneamente, la suspensión de la eficacia de actos administrativos. A modo de ejemplo y sin tener que recurrir a legislaciones de otros países, en Ecuador, el régimen suspensivo que estableció el Código Tributario desde 1975 en los Arts. 149 y 247 se ha venido aplicando sin embargo de que también establecía las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad en el Art. 82. La presunción de legitimidad es un privilegio establecido por el derecho en virtud del cual la ley asume la validez de las decisiones administrativas y traslada al administrado la carga de impugnarlas para impedir su firmeza; mientras que el concepto de ejecutividad no se refiere a la validez del acto administrativo sino a su eficacia, esto es, a su virtualidad de surtir efectos para que la decisión administrativa se cumpla, independientemente de su validez.

143 Decreto Ejecutivo 171, publicado en el Registro Oficial 47 de 21 de marzo de 2007. Se debe aclarar que la única reforma que hizo este Decreto fue eliminar del numeral 2 del Art. 189 en aquella parte que disponía la suspensión automática de los efectos del acto administrativo, cuando los administrados fundamentaban su recurso en una causal de nulidad de pleno derecho.

Por tanto, el que la decisión administrativa que se presume legítima no alcance ejecutividad no puede comportar ninguna contradicción como afirma el Decreto Ejecutivo No. 171 en una lamentable confusión de conceptos. Bajo las normas del ERJAFE, tenemos actos investidos de una presunción de legitimidad que no se cumplen porque así lo exige el contenido del propio acto (Art. 125.2), o cuando no han sido notificados al administrado (Art. 66), y no por ello tales actos han perdido la presunción de legitimidad. Tampoco había contradicción jurídica entre la primera parte y la segunda parte del Art. 189 del ERJAFE: la primera parte reconocía la atribución de los órganos administrativos para decidir la suspensión de un acto impugnado vía recurso, y la segunda parte preveía una suspensión automática, excepcional, cuando el recurrente invocaba una causal de nulidad de pleno derecho. Ninguna antinomia surgía del texto del Art. 189.2 del ERJAFE como pretende el Decreto 171, puesto que la atribución del órgano para suspender los efectos de un acto impugnado mediante recurso administrativo, comprendía a las impugnaciones por anulabilidad de los actos y a los recursos de revisión incoados de oficio, mientras que la suspensión automática se producía solamente si en el recurso incoado por el interesado había una alegación de nulidad de pleno derecho.

El contenido del Art. 189 —antes de la reforma de marzo de 2007— fue meditado bajo la orientación del derecho constitucional de defensa de aquellos administrados que enfrentan decisiones administrativas desfavorables. En parte, se sustentaba en el Art. 111 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común española de 1992¹⁴⁴ y en parte en la previsión del Art. 120 del Estatuto que venía rigiendo desde marzo de 1994 y que, en este punto, la norma ecuatoriana tenía una disposición más favorable a la vigencia de derechos fundamentales que la disposición traída por la Ley española.

Sobre el supuesto “fenómeno sumamente dañino para los intereses de la Administración Pública” que se esgrime en los considerandos del Decreto 171 para eliminar la suspensión automática de actos nulos, se debe subrayar que este no es propiamente un argumento jurídico, sino una apreciación de mera oportunidad que el poder ha tenido a bien referir para eliminar los obstáculos del derecho y decidir sin limitaciones ni controles. El que ha utilizado este tipo de afirmaciones ignora que la suspensión

144 Ley 30/1992, publicada en el Boletín Oficial del Estado (B. O. E.) núm. 285 de 27 de noviembre de 1992. La corrección de errores de la ley española consta en el BOE números 311 de 28 de diciembre de 1992 y 23 de 27 de enero de 1993. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que rige en España ha sido reformada mediante (i) Real Decreto-Ley 14/1993 de 4 de agosto, (ii) Ley 6/1997 publicada en el BOE núm. 90 de 15 de abril de 1997 y (iii) Ley 4/1999 publicada en el BOE núm. 12 de 14 de enero de 1999 y, Ley 15/2014 publicada en el BOE núm. 226 de 17 de septiembre de 2014.

de los actos impugnados bajo una causal de nulidad de pleno derecho ha venido rigiendo en el Ecuador desde marzo de 1994, y ningún efecto dañino ha menoscabo el funcionamiento de Ministerios y entidades sujetas al Estatuto de la Función Ejecutiva desde esa época. Más aún, el efecto suspensivo automático de los actos de la administración tributaria está contemplado en el Código Tributario desde 1975, con mayor amplitud que la previsión excepcional que traía el ERJAFE, y ni los contribuyentes han abusado de este derecho, ni se ha producido un efecto dañino en el funcionamiento de las administraciones tributarias, ni estas han dejado de recaudar cada vez mayores recursos económicos por concepto de impuestos.

La ponderación entre interés público y afectación particular que derivaría de la suspensión de efectos de un acto administrativo, es una disyuntiva que suele plantearse sobre la base de premisas equivocadas. El Decreto Ejecutivo 171 es una buena prueba de este error recurrente porque ningún interés público puede sobreponerse al derecho humano de defensa que corresponde a los ciudadanos para impedir la ejecución de una decisión administrativa desfavorable, que pueda causarle perjuicios de imposible o difícil reparación mientras se discute la legalidad de tal decisión. En otras palabras, el interés público que debe precautelar toda autoridad es que el derecho de defensa del administrado se ejerza debidamente, y que la tutela efectiva de derechos que consagra la Constitución de la República no sea burlada en el trámite de un procedimiento administrativo. Excepcionalmente, por razones de seguridad interna o externa o graves amenazas a la salubridad pública, se podría justificar esta contraposición de interés público frente a un interés particular, y solamente en situaciones extremas dentro de esas materias se aconsejaría el inmediato cumplimiento de una decisión administrativa que precautele esos bienes jurídicos cuando estuvieren directa e incuestionablemente afectados, y ni siquiera en todos los casos, sino atendiendo los contenidos de la decisión administrativa en cuestión, ponderando razonadamente las circunstancias concretas que se presenten bajo estos supuestos extremos.

En la doctrina argentina, el autor Jorge Luis Salomoni, fundamentado en la Convención Americana de Derechos Humanos sostiene que la interposición de un recurso por un particular suspende la fuerza ejecutoria de la decisión administrativa¹⁴⁵ que impugna. En esa línea se destacan también las reflexiones del tratadista Agustín Gordillo para quien el principio debería ser que la interposición de un recurso en que se discute la legalidad del acto administrativo, suspende automáticamente la ejecución

145 Jorge Luis SALOMONI. "La ejecutoriedad del acto administrativo". *Acto administrativo y reglamento*. Buenos Aires: Ed. RAP, 2002, p. 177.

del acto y solamente mediante una decisión motivada la Administración podría llevar adelante su ejecución¹⁴⁶.

En un tema trascendente como es la recaudación de tributos para el sostenimiento del Estado, el Código Tributario estableció, desde diciembre de 1975, un régimen más conforme a los derechos constitucionales de las personas, porque previó la suspensión automática de la ejecución del acto de determinación tributaria o de sanción, a partir del momento en que el administrado hubiere planteado el reclamo administrativo o propusiere la demanda contencioso tributaria. En conclusión, la reforma introducida en el Art. 189.2 del ERJAFE mediante el Decreto Ejecutivo 171 de marzo de 2007, es indiscutiblemente regresiva para el derecho de los particulares. Proclama un mayor rigor del principio de ejecutividad en beneficio de las Administraciones Públicas, privándoles a los ciudadanos de una herramienta jurídica para su defensa, como fue la suspensión automática de los actos administrativos cuando se invocaban causales de nulidad de pleno derecho.

Ese Decreto expedido al inicio del gobierno del Ec. Rafael Correa Delgado comporta un lamentable retroceso en materia de derechos fundamentales, de aquello que con acierto ya había establecido el Estatuto de la Función Ejecutiva en marzo de 1994 bajo la Presidencia del Arq. Sixto Durán Ballén (Art. 120), o en julio y diciembre del año 2002, durante la Presidencia del Dr. Gustavo Noboa Bejarano cuando se actualizaron y reformaron los contenidos del ERJAFE (Art. 189.2).

3.5.1.2.2. *Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria, diciembre de 2007*

Un segundo golpe contra el derecho de los ciudadanos vendría en diciembre de 2007¹⁴⁷, nueve meses después de la comentada reforma al ERJAFE.

Esta pretendida “ley” aprobada por la Asamblea Constituyente de Montecristi es uno de los monumentos más emblemáticos de la corrupción jurídica, que rompió el principio de reserva de ley en materia tributaria. Estableció impuestos sin haber alcanzado a tener el carácter de una ley bajo la Constitución vigente al momento de

146 Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo III (en el acápite de “La suspensión administrativa de la ejecución del acto”), 11a. ed. Buenos Aires: Editorial, Fundación de Derecho Administrativo 2013, V-43 y V-44. El Dr. Gordillo, una de las voces más autorizadas en el Derecho Administrativo, hace un análisis exhaustivo de este tema, cita al profesor Juan Francisco Linares y señala que antes se planteaba la no suspensión de los efectos generales de los actos administrativos impugnados vía recurso, pero que esta tesis va cediendo paso a una posición que destaca el efecto suspensivo como principio general.

147 La Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador. Registro Oficial 242-S, de 29 de diciembre de 2007.

su expedición, ni siquiera bajo la que se expidió en octubre de 2008: no fue aprobada en dos debates ni sancionada por el Presidente de la República.

Adicionalmente, la Asamblea Constituyente que aprobó esa ley fue establecida con el propósito exclusivo de reformar la estructura del Estado y expedir un proyecto de nueva Constitución, mas no de discutir ni aprobar leyes relacionadas con impuestos.

El Art. 1 del Estatuto de Elección, Instalación y Funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente (D. E. 148 R. O. 77, 04-05-2007) aprobado mediante referéndum de 15 de abril de 2007, dispuso que la Asamblea Constituyente estaría dotada de plenos poderes para cumplir exclusivamente el propósito señalado. Esta pretendida “Ley para la Equidad Tributaria” violó el Art. 1 del señalado Estatuto porque comportó el ejercicio de una atribución ajena al mandato que la Asamblea Nacional recibió del pueblo del Ecuador en referéndum de 15 de abril de 2007, dado que ninguna de las disposiciones de la denominada Ley para la Equidad Tributaria modificaron el marco institucional del Estado ni integraron el texto de una nueva Constitución. Esta ley es una normativa impuesta por la fuerza a los contribuyentes y que pervive por el proceso de desinstitucionalización que afecta al Ecuador. Entre otras innovaciones que comportaron una mayor presión fiscal sobre ciudadanos y empresas, el Art. 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria incorporó una norma a continuación del Art. 233 del Código Tributario¹⁴⁸, que comportaba una regresión de más de treinta años en las relaciones jurídico administrativas. Esta reforma legal condicionaba a los contribuyentes su derecho fundamental de acceder a la justicia, imponiéndoles la carga de rendir una caución equivalente al 10% de la cuantía del valor determinado por la administración tributaria, a la presentación de la demanda.

Pese a que el Art. 7 que comento fue derogado por el Código Orgánico General de Procesos, nuestro sistema de contencioso mantiene la exigencia de la caución

148 Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria del Ecuador: **Art. 7.-** A continuación del Art. 233, agréguese el siguiente: ‘**Art. (...) Afianzamiento.-** Las acciones y recursos que se deduzcan contra actos determinativos de obligación tributaria, procedimientos de ejecución y en general contra todos aquellos actos y procedimientos en los que la administración tributaria persiga la determinación o recaudación de tributos y sus recargos, intereses y multas, deberán presentarse al Tribunal Distrital de lo Fiscal con una caución equivalente al 10% de su cuantía; que de ser depositada en numerario será entregada a la Administración Tributaria demandada. La caución se cancelará por el Tribunal Distrital de lo Fiscal o Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia si la demanda o pretensión es aceptada totalmente, la que, en caso de ser en numerario, generará a favor del contribuyente intereses a la misma tasa de los créditos contra el sujeto activo. En caso de aceptación parcial, el fallo determinará el monto de la caución que corresponda ser devuelto al demandante y la cantidad que servirá como abono a la obligación tributaria; si la demanda o la pretensión es rechazada en su totalidad, la administración tributaria aplicará el valor total de la caución como abono a la obligación tributaria. Esta caución es independiente de la que corresponda fijarse por la interposición del recurso de casación, con suspensión de ejecución de la sentencia o auto y de la de afianzamiento para hacer cesar medidas cautelares y se sujetará a las normas sobre afianzamiento establecidas en este código’.

del 10% para obtener la suspensión de los efectos del acto impugnado. El Art. 324 del referido Código Orgánico¹⁴⁹ se refiere a la caución del 10% para las demandas contencioso tributarias, pero ya no impone esta carga como un requisito de admisibilidad de la demanda ni como requisito de continuación del proceso. El nuevo Código prevé que esa caución sea una alternativa del accionante que tenga interés de suspender el acto administrativo que impugna, de manera que si no rindiere la referida caución, el trámite del juicio contencioso tributario continuaría sin la tutela suspensiva. Más allá de la reforma que introdujo el COGEP, es indispensable subrayar cómo se gestó en el ordenamiento tributario esta abusiva imposición introducida por la Ley para la Equidad Tributaria en diciembre de 2007, por la antijuridicidad de esta carga procesal que aún bajo la vigencia del nuevo Código Orgánico se mantiene en nuestro sistema de contencioso tributario.

Este condicionamiento de la caución del 10% —aún con el matiz opcional que introdujo el Código Orgánico General de Procesos— conlleva una velada presunción de mala fe del Estado respecto de los ciudadanos que impugnan un acto de determinación tributaria en vía judicial, y supone una violación desafiante de su derecho de defensa, de la tutela judicial efectiva que la Constitución consagra a favor de toda persona para acceder a la justicia e impedir que esta quede en indefensión; menoscaba también el principio de igualdad procesal que debe inspirar al contencioso tributario, porque aventaja a una parte procesal, la Administración Tributaria, que ya viene investida de privilegios (presunción de legitimidad y principio de ejecutividad de sus actos administrativos), en detrimento de la otra parte procesal, el contribuyente o sujeto de derecho privado al que el sistema ya traslada la carga de impugnar las decisiones administrativas que le afectan.

En el ámbito de las relaciones jurídico administrativas, la caución del 10% que impuso la Ley Reformativa para la “Equidad Tributaria” —mantenida con ciertos matices en el Art. 324 del COGEP— endurece el principio de ejecutividad de los actos de la administración tributaria y genera un sinnúmero de situaciones injustas, en todos los casos en que el contribuyente que acciona en sede contenciosa no alcanzara a rendir dicha caución: la ley niega al afectado su derecho de sustanciar un juicio imparcial y justo, su derecho a obtener sentencia que se pronuncie sobre la legalidad del acto administrativo que impugna, porque la Sala del Tribunal Distrital que corresponda dispondrá el archivo de la causa y el acto de determinación tributaria cuya legalidad pretendía discutirla en juicio, quedará firme en todas sus partes.

149 Código Orgánico General de Procesos. R. O. 506, de 22 de mayo de 2015.

La derogatoria que el COGEP hizo de esta disposición de la Ley para la Equidad Tributaria mantiene, sin embargo, la exigencia del 10% de caución, pero como una opción del accionante, de manera que si no rinde la caución el juicio continúa su trámite y el acto impugnado debe ser ejecutado, con lo cual el resultado es el mismo, puesto que la tutela judicial efectiva queda solapadamente infringida y abiertamente negada al que discute la legalidad de un acto administrativo sin rendir la caución. Adicionalmente, el Art. 324 del COGEP crea un escenario odiosamente discriminatorio que infringe el derecho de igualdad de las personas: para los accionantes que, teniendo recursos económicos, pueden costear una garantía bancaria, una póliza de seguros o el depósito en dinero efectivo equivalente al 10% de la caución, habrá una tutela suspensiva del acto de determinación tributaria, tutela suspensiva que el sistema negará al contribuyente que, accionando en vía contencioso tributaria, carece de recursos para rendir esa caución.

Cuando la Ley Reformatoria para la “Equidad Tributaria” entró en vigencia, la Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia y las de los distintos Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario del país encontraron que esta exigencia de afianzamiento contradecía el derecho constitucional de defensa y el de la tutela judicial efectiva de los contribuyentes. Algunos jueces consideraron, equivocadamente en mi opinión, que la caución podría vulnerar el principio constitucional de gratuidad de la justicia cuando los derechos constitucionales lesionados no tenían relación con la alegada gratuidad de la justicia sino con el derecho de defensa y con garantías básicas del debido proceso. Por todos estos argumentos, esas Salas suspendieron la tramitación de las causas para consultar la constitucionalidad de la nueva exigencia legal y exigir de la Corte Constitucional un pronunciamiento con efectos generalmente obligatorios sobre la suspensión de una norma que estimaban, a toda luz, inconstitucional.

La Corte Constitucional retardó su decisión hasta agosto de 2010¹⁵⁰ y, como era de esperar, optó por una solución más avenida con los intereses de la Administración Tributaria que con el derecho constitucional de las personas, porque decidió una “constitucionalidad condicionada” que ratificaba el afianzamiento el 10% como una carga que se imponía a todos los contribuyentes que accionaran en vía contencioso

150 Resolución No. 14 de la Corte Constitucional “para el Período de Transición”, publicada en el Registro Oficial 256-S de 12 de agosto de 2010. Firma como Jueza Constitucional Ponente la Dra. Ruth Seni Pinoagorte y el Dr. Patricio Pazmiño como Presidente. Según razón sentada por el Secretario Dr. Arturo Larrea Jijon, la decisión fue aprobada con ocho votos de los doctores Roberto Bhrunis Lemarie, Patricio Herrera Betancourt, Alfonso Luz Yunes, Hernando Morales Vinueza, Ruth Seni Pinoagote, Fabián Sancho Lobato (voto concurrente) y Diego Pazmiño Holguín.

tributaria, sin fundamentar con suficiencia la afectación que innegablemente se produce en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

En su primera parte, el fallo de la Corte analiza el principio de tutela judicial bajo la Convención Americana de Derechos Humanos. Acertó en considerar que “la obligación de rendir caución para acceder a la justicia no es compatible con los principios constitucionales señalados en (su) sentencia, pues se estaría desechando sin más las demandas que se presenten sin el cumplimiento de este requisito” y señaló que el derecho a la tutela judicial efectiva quedaría “fuertemente limitado”. La segunda parte, sin embargo, en un giro sorprendente, contradice las premisas iniciales: afirmó que en la imposición de este afianzamiento el legislador estaría persiguiendo dos propósitos: el primero, evitar el abuso del derecho de accionar ante la justicia; y el segundo, imposibilitar la evasión tributaria. Añadió que la caución no es *per se* inconstitucional “por cuanto persigue un fin constitucional que es legítimo”.

Estos razonamientos de la decisión de la Corte Constitucional pretendían ser salvados mediante una “constitucionalidad condicionada” que se allanaba a la Ley Reformatoria para la “Equidad Tributaria del Ecuador” en el siguiente sentido: el Tribunal Distrital debe expedir un auto en que acepte a trámite la demanda siempre que cumpla los requisitos legales, y en ese auto de calificación fije la caución del 10%, para que el accionante consigne en quince días tal afianzamiento. Si no acreditar el afianzamiento en ese lapso, el acto administrativo impugnado quedará firme y se ordenará el archivo del proceso¹⁵¹. Estos elementos del fallo de la Corte antes que una “constitucionalidad condicionada” suponían una reforma al Art. 7 de la Ley Reformatoria para la Equidad Tributaria.

El contenido de esta sentencia muestra cinco inconsistencias jurídicas groseras, porque, no obstante que en los considerandos del fallo se hacen invocaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos y citas doctrinales sobre el concepto de la tutela judicial efectiva, a línea seguida y en las conclusiones se viola abiertamente dicha Convención, apelando a un vaporoso concepto de “finalidad constitucional legítima”, usando el truco de la condicionalidad condicionada para reformar el texto

151 En la parte dispositiva, el fallo de la Corte Constitucional decide así: “Declarar, [...] que la disposición referida será constitucional, hasta que la Asamblea Nacional, en uso de la atribución contemplada en el numeral 6 del artículo 120 de la Constitución de la República, realice la reforma necesaria, y por tanto, la norma consultada será constitucional, siempre y cuando se aplique e interprete el inciso primero y final del mencionado artículo 7, de la siguiente manera: ‘El auto en el que el Tribunal acepte al trámite la acción de impugnación de obligaciones tributarias, fijará la caución prevenida en el inciso primero y final de este artículo, y dispondrá que el actor consigne la misma en el Tribunal, dentro del término de quince días, contados a partir de su notificación. En caso de incumplir con el afianzamiento ordenado, el acto materia de la acción quedará firme y se ordenará el archivo del proceso’”.

del Art. 7 y dar carta de legitimidad a una imposición económica que burló la tutela judicial de los contribuyentes:

En primer lugar, la sentencia es contradictoria: por un lado considera que si el Tribunal Distrital exige el afianzamiento del 10% de la obligación tributaria antes de aceptar a trámite la demanda, incurriría en violación del derecho constitucional a la tutela judicial; sin embargo, señala que no incurriría en tal violación si esa exigencia la hace quince días después de calificada la demanda. En otras palabras: es inconstitucional si la caución se exige al momento de presentar la demanda, pero no es inconstitucional si esa caución se exige quince días después de aceptada a trámite la demanda, no obstante que el resultado de la falta de afianzamiento en los dos casos sigue siendo el mismo: el archivo del proceso, la firmeza de la decisión administrativa impugnada en juicio, esto es, la indefensión del accionante.

El acceso a la justicia que pretende satisfacerse con la expedición de un auto de calificación de la demanda queda burlado si, de todas maneras, el proceso debe ser archivado y no puede continuar la tramitación del juicio porque el contribuyente carece de recursos para rendir una caución. La vigencia del COGEP (Art. 324) expedido en mayo de 2015 no cambia la violación del derecho constitucional como veremos más adelante.

Semejante decisión es un juego de palabras y un truco cronológico, ideado para apuntalar otro privilegio procesal a favor de la Administración Tributaria y burlar el derecho constitucional de quienes impugnan un acto de la administración tributaria. La Corte Constitucional no consideró aquello que elimina la tutela judicial del contribuyente y que sigue presente en uno u otro caso, con idéntico resultado: ya sea que el afianzamiento se exija antes de calificar su demanda ya sea que se exija quince días después de esa calificación, si no se cumple con la caución del 10%, el juicio de todas maneras será archivado y el acto administrativo quedará firme, sin que haya una decisión jurisdiccional sobre el servicio de justicia que solicitó el accionante. En los dos casos, el órgano jurisdiccional denegará justicia: quince días antes o quince días después, no interesa, porque el resultado jurídico de indefensión es idéntico.

En segundo lugar, la tutela judicial comprende el acceso a la justicia, pero ese acceso perdería toda significación para el Derecho si no es para alcanzar la prosecución del juicio, respetándose en su trámite las garantías del debido proceso, permitiendo la obtención de una sentencia fundada en derecho, que se cumpla. Si cualquiera de esos elementos llegare a faltar hay violación del derecho constitucional. La Corte incurre en error jurídico cuando asume que la tutela judicial efectiva se concreta en el acceso

a la justicia solamente y no en los tres momentos que la doctrina y el propio fallo de los jueces constitucionales reconoce en su primera parte.

La Corte, no obstante que transcribe un concepto de tutela judicial que comprende esos tres momentos implícitos en el derecho constitucional (acceso a la justicia, desarrollo del proceso en un tiempo razonable con respeto al debido proceso y cumplimiento de la sentencia), ha decidido contradictoriamente que la tutela judicial quedaría satisfecha cuando se califica la demanda, y que con la aceptación a trámite basta y sobra para dar cumplimiento a las exigencias del derecho constitucional, pues poco interesa, en el entendimiento de los jueces constitucionales, que el proceso contencioso tributario se archive porque el administrado no alcanza a pagar el valor de la caución.

En tercer lugar, la Corte Constitucional omite toda referencia a lo que era de elemental consideración jurídica: el significado de la palabra “caución” definida en el Art. 31 del Código Civil: “Cualquier obligación que se contrae para la seguridad de otra [...] propia o ajena”. En tal virtud, no habiendo obligación así establecida mediante una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada no puede haber caución, menos aun podría perseguir por sí misma ninguna finalidad constitucional, ni legítima ni ilegítima.

En el orden procesal, la caución no persigue otro propósito que asegurar el cobro de la obligación dineraria discutida en juicio y que jurídicamente no es tal mientras no haya definición del juez de derecho. Si se toma a la caución como supuesto instrumento para impedir el abuso del derecho de acción o consumir la evasión tributaria como señala la sentencia, se desnaturaliza el significado que jurídicamente ha dado la ley ecuatoriana al término “caución”.

El instituto del afianzamiento de obligaciones tributarias para precautelar el cobro de los impuestos, sus intereses y multas, ya está previsto en el Código Tributario para los casos en que existe un acto firme (Arts. 247 y 248). Mientras el acto no está firme, es derecho fundamental del contribuyente reclamar en sede administrativa o accionar en vía contencioso tributaria contra ese acto administrativo, para impugnar la determinación del tributo, sus intereses y multas, sin ninguna limitación que menoscabe su defensa y su derecho a obtener una decisión fundamentada respecto de su pretensión.

En cuarto lugar, si consintiéramos en que, a través de la caución, el legislador buscó una finalidad constitucionalmente legítima —no se precisa en la sentencia en qué

norma están contempladas esas finalidades o si estas parten de la suposición del juez constitucional —, se debe aclarar que ninguna finalidad constitucional, por muy encomiable y legítima que fuere, puede justificar la violación de un derecho fundamental de las personas como es el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva de quien impugna un acto de determinación tributaria.

En quinto lugar, ninguna finalidad constitucionalmente legítima puede menoscabar la igualdad procesal que deriva de varias normas de la Constitución (Arts. 11, 66 No. 4, 76 No. 7 literal c). El administrado que emplaza en juicio a la Administración Tributaria tiene el derecho fundamental de sostener el proceso judicial en igualdad de condiciones, hasta que se decida la causa. En este caso, la exigencia de la caución comporta un privilegio procesal a los actos de determinación dictados por una de las partes procesales en desmedro de la otra que plantea la controversia, dado que el actor del juicio no podría alcanzar una decisión que ponga fin al proceso si no consigna a favor de su contraparte procesal, la caución del 10% del valor que discute en juicio.

Esta sentencia de la Corte Constitucional muestra un hecho paradójico para el Derecho Administrativo Tributario: la dictadura militar de 1975 que expidió el Código Tributario, estaba más dispuesta a reconocer la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa de los contribuyentes y la igualdad procesal que una ley tributaria expedida treinta y dos años después, por una Asamblea Constituyente elegida democráticamente, que proclamaba la aprobación de una Constitución “garantista”, que supuestamente instituyó un nuevo “Estado Constitucional de Derechos y de Justicia” signado por una “transversalidad de los derechos” supuestamente inédita en la historia constitucional ecuatoriana.

El Código promulgado en 1975 bajo una dictadura militar era más avanzado que la reformas de la Ley para la Equidad Tributaria. El fallo pronunciado por la “Corte Constitucional” revela la descomposición institucional que vive el Ecuador en donde el control constitucional ha sido sustituido por una opereta inmoral, establecida para dar satisfacciones al poder en lugar de cumplir la finalidad que le corresponde: proteger a los ciudadanos de las normas y actos del poder público que llegaren a afectar sus derechos constitucionales.

Aunque ya se ha señalado este aspecto, es de insistir que, en el Art. 324 del nuevo COGEP, la caución del 10% se exige solamente para suspender la violación del acto impugnado en juicio. Es evidente que esta norma trata de limpiar la deshonestidad que en esta materia trajo la Ley para la Equidad Tributaria, matizándola en sus disposiciones que más groseramente afectaron el derecho fundamental de acceder a la

justicia durante más de ocho años; sin embargo, la nueva disposición tampoco supone conformidad con los derechos constitucionales puesto que sigue afectando a la tutela judicial efectiva y desconociendo el principio de progresividad de los derechos humanos.

3.5.1.2.3. Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado, noviembre de 2011

Las disposiciones de esta ley¹⁵² crearon tributos y reformaron al Código de Procedimiento Civil para establecer mecanismos expeditos de recaudación de dinero a favor del Estado¹⁵³ por obligaciones no tributarias, haciendo tabla rasa de la tutela judicial efectiva de los administrados, como explico a continuación.

Las Disposiciones Cuarta y Sexta que reformaron los Arts. 968 y 971 del Código de Procedimiento Civil en su orden, establecen que, para oponerse a la coactiva, el deudor está obligado a acompañar a su escrito de excepciones la prueba de haber consignado la cantidad a la que asciende la deuda, los intereses y las costas. El efecto de la aplicación de estas normas es que siempre resultará menos oneroso para un coactivado pagar sin discutir el valor cuyo cobro ejecuta el Estado, que defenderse de la coactiva. En el primer caso, el deudor solamente viene obligado a cubrir el valor de la deuda y en el segundo, esto es, cuando plantea excepciones a la coactiva deberá satisfacer la deuda, los intereses y las costas de cobranza —que en la práctica suele calcularse con un 10% adicional—.

En caso de que el deudor plantee excepciones a la acción coactiva del Estado sin consignar dichos valores, el procedimiento coactivo continúa al igual que las medidas para perseguir el cobro que se ejecutarán sin restricción mientras el juicio de

152 Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado, publicada en el Registro Oficial 583 de 24 de noviembre de 2011, una ley manifiestamente inconstitucional por la forma y por el fondo. Por la forma porque siendo un Decreto Ley no pudo haber entrado en vigencia si sus normas pretendían reformar disposiciones de la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. El Art. 133 de la Constitución claramente ha dispuesto que ninguna ley ordinaria puede modificar ni prevalecer sobre una ley orgánica y en este caso se está frente a una norma que ni siquiera tiene el rango de ley ordinaria sino de Decreto-Ley que introduce 16 reformas a la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno. Por el fondo, la inconstitucionalidad está presente porque varias disposiciones violan derechos constitucionales de los particulares con relación en el trámite de procedimientos coactivos iniciados por el Estado. El Decreto Ley exige consignar previamente no solo el valor adeudado sino los intereses y las costas. Si la persona sometida al procedimiento de ejecución no acompaña la prueba de esa consignación, la ejecución coactiva no se suspende, aunque sigue el trámite del juicio de excepciones en juicios que podrían tomar no menos de dos años cuando se produzcan daños de imposible o difícil reparación.

153 En la parte final de esta Ley, se introducen diez normas reformativas del Código de Procedimiento Civil bajo el título siguiente: “Disposiciones para el Cobro Eficiente de las Acreencias del Estado”.

excepciones sigue su curso¹⁵⁴. Resulta llamativo que esta exigencia procesal se haya extendido retroactivamente a los juicios de excepciones que ya se encontraban en trámite al momento de expedición de la ley, en muchos casos esperando sentencia por varios años. Si los ejecutados que mantenían un juicio de excepciones pendiente no consignaban el valor adeudado en un término de diez días, se ordenaba el archivo del proceso.

Queda claro que la Ley de Fomento Ambiental reformó el trámite del procedimiento coactivo por obligación no tributaria regulado en el Código de Procedimiento Civil. La coactiva por obligación tributaria regulada en el Código Tributario tiene normas propias que no fueron reformadas por la Ley de Fomento Ambiental, y sin embargo, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario por desconocimiento o por temor a incomodar al poder, plantearon un sinnúmero de consultas a la Corte Constitucional en el trámite de los juicios de excepciones regulados por el Código Tributario, para que dirima la constitucionalidad de esta exigencia que no guarda ninguna relación con las coactivas tributarias.

En este punto debo destacar la opinión del Dr. Arturo Vizcaíno Sotomayor, exministro del Tribunal Distrital Fiscal No. 1 con sede en Quito, que en varios votos salvados contra estas consultas improcedentes, tuvo el acierto de señalar que la Disposición Décima de la Ley de Fomento Ambiental es una reforma a las coactivas del Código de Procedimiento Civil, pero no se extiende a las reguladas por el Código Tributario ni a otros procedimientos coactivos normados en leyes especiales.

Adicionalmente denunció el error jurídico de dar efecto retroactivo a una norma legal de reciente expedición (noviembre de 2010) respecto de juicios de excepciones que ya venían tramitándose bajo reglas procesales expedidas con anterioridad a la vigencia de la ley, haciendo notar que el Art. 300 de la Constitución consagra un principio de irretroactividad. Señaló que la interpretación indebida que se hacía de esta reforma al Código de Procedimiento Civil estaría restableciendo el viejo instituto del “*solve et repete*” contemplado en el Código Fiscal de junio de 1963, superado desde la expedición del Código Tributario de diciembre de 1975; reiteró que el principio “*solve et repete*” es inconstitucional y atentatorio a los derechos humanos y que por ese motivo fue eliminado de varias legislaciones positivas dado que rompía las bases de todo Estado de Derecho; con rigor jurídico, el Dr. Vizcaino

154 Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado. Disposición Sexta: sustitúyase el artículo 971 del Código de Procedimiento Civil, por el siguiente texto: “Si el deudor no acompaña a su escrito de excepciones la prueba de la consignación, no se suspenderá el procedimiento coactivo y el juicio de excepciones seguirá de esa forma”. Esta es la lógica que inspira al Art. 324 del COGEP de reciente expedición.

Sotomayor concluyó que, si el legislador hubiera tenido la intención de reformar el Código Orgánico Tributario, así lo habría establecido, pero que la reforma legal se circunscribía al Código de Procedimiento Civil.

Este voto salvado abunda en ejemplos de los procedimientos de ejecución coactiva regulados en la legislación ecuatoriana para fundamentar, con sobrada suficiencia de argumentos, la ninguna aplicabilidad de esta reforma a los juicios de excepciones por deudas tributarias. Por esto, no deja de ser llamativo que la opinión de mayoría de la Sala que integraba el mencionado juez distrital o que las Salas de los demás tribunales distritales que se apresuraron en la aplicación de esta norma, no hayan reparado en el razonamiento irrefutable que planteaba este voto salvado y hayan preferido archivar juicios de excepciones o hacer consultas improcedentes a la Corte Constitucional. La posición del Dr. Arturo Vizcaíno Sotomayor, aunque solitaria, transmite la seguridad de que, en el Ecuador, es posible reconstruir las instituciones del contencioso tributario a partir de una reflexión jurídica, versada y sustentada en el Derecho porque, sin temor ni favor, hubo un juez que actuó con autoridad e independencia frente al poder.

Se debe aclarar que la posición que prefirieron adoptar otros jueces respecto de esta malhadada ley tenía origen en un episodio inédito de interferencia en la administración de justicia, jurídica y moralmente inadmisibles en un Estado de Derecho: la máxima autoridad del Servicio de Rentas Internas —entidad pública que es parte procesal en el mayor número de causas contencioso tributarias— se dirigió al expresidente de la Corte Nacional de Justicia Carlos Ramírez y al expresidente del Consejo de la Judicatura de Transición, Paulo Rodríguez Molina, con el propósito de que estos funcionarios dispusieran “la aplicación inmediata del primer inciso de la Disposición Transitoria Décima de la Ley de Fomento Ambiental” y que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario y la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia aplicaran irrestrictamente dicha ley¹⁵⁵.

155 Mediante Oficio No. 00589 de fecha 30 de noviembre de 2011, el Ec. Carlos Marx Carrasco, en esa época Director General del Servicio de Rentas Internas, se dirigió al Presidente de la Corte Nacional de Justicia en estos términos: “Es necesario que, a través de su intermedio, se socialice y disponga a los diferentes Tribunales Distritales de lo Fiscal, así como a la Sala Especializada de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia, que apliquen irrestrictamente ‘la consignación de la cantidad a que asciende la deuda, sus intereses y costas para que suspenda el procedimiento coactivo una vez presentadas las excepciones’. De igual manera deberá disponerse la aplicación inmediata del primer inciso de la Disposición Transitoria Décima de la referida Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado [...]”. ¿Qué pretendía la formulación de este tipo de “solicitudes”? ¿Desconocía el exdirector del SRI que una ley de la República se publica en el Registro Oficial para conocimiento de los jueces y que no requiere de tutores para lo que él llama “socializar” sus contenidos? ¿Será este uno de los métodos del pretendido principio de eficiencia “recaudatoria” que han venido proclamando las autoridades tributarias desde el año 2007 o una inaceptable infracción al principio de independencia de la justicia?

La posición del Ec. Carlos Marx Carrasco en noviembre de 2011 vino secundada por una decisión del Pleno del Consejo de la Judicatura del 13 de diciembre de 2011, que consumó una infracción grave del principio de independencia cuando el Director General de dicho Consejo, Mauricio Jaramillo Velástegui, mediante oficio circular dirigido a todos los Tribunales Distritales de lo Fiscal y a la Sala de Contencioso Tributario de la Corte Suprema de Justicia, conminó a los jueces en el sentido de las disposiciones que había señalado el Director General del Servicio de Rentas Internas, parte procesal del mayor número de causas contencioso tributarias que se ventilan en los Tribunales Distritales del Ecuador.

La Constitución de la República señala que los órganos jurisdiccionales gozarán de “independencia interna y externa” y que toda violación a este principio conllevará responsabilidades en el orden administrativo, civil y penal (Art. 168 No. 1). Este precepto está desarrollado en el Código Orgánico de la Función Judicial en los términos siguientes: “Ninguna Función, órgano o autoridad del Estado podrá interferir en el ejercicio de los deberes y atribuciones de la Función Judicial” (Art. 8, inc. 2).

La intervención en la administración de justicia, que venía propiciada por la entidad pública que sostiene el mayor número de causas contencioso tributarias, supuso violación de los procedimientos coactivos regulados por el Código Orgánico Tributario con el fin de llevar el principio de ejecutividad de las decisiones administrativas a un extremo incompatible con los derechos fundamentales de los contribuyentes, tergiversando una reforma al Código de Procedimiento Civil, referida a la ejecución de créditos no tributarios, para extenderla inconstitucional, ilegal e inmoralmemente a juicios de excepciones de obligaciones tributarias.

En síntesis, la denominada Ley de Fomento Ambiental que los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario han aplicado a los procedimientos de ejecución coactiva en materia tributaria, por temor o por error, es otro ejemplo del retroceso en que se hallan inscritos los procedimientos en esta materia. La Administración Tributaria ha venido aventajándose de privilegios de autotutela frente a los contribuyentes ecuatorianos y ha llevado al principio de ejecutividad de los actos administrativos más allá de lo que el Derecho y la doctrina establecen, especialmente cuando se trata de obtener ingresos dinerarios para alimentar el presupuesto del Estado.

La Ley de Fomento Ambiental y Optimización de Ingresos del Estado de noviembre de 2011 y la interferencia que las autoridades tributarias hicieron para extender su aplicación a coactivas tributarias es un ejemplo adicional de que con relación al procedimiento administrativo tributario, el autoproclamado “Estado Constitucional de

Derechos y de Justicia” no existe y el supuesto “garantismo” que habría pretendido instituir la Constitución de 2008 no pasa de ser un simple ejercicio retórico, publicitado para encubrir los retrocesos en materia de derechos constitucionales de los contribuyentes y las violaciones a la independencia de los jueces contencioso tributarios.

3.5.1.2.4. *Ley Orgánica de Comunicación, junio de 2013*

Los avances que introdujo la reforma de mayo de 1995 en las relaciones jurídico administrativas que venían normadas por la Ley de Radiodifusión y Televisión, quedaron pulverizadas con la expedición de la Ley Orgánica de Comunicación de junio de 2013¹⁵⁶.

Antes de que se expidiera la Ley Orgánica de Comunicación, la de Radiodifusión y Televisión¹⁵⁷ había acertado en la eliminación del principio de ejecutividad de las decisiones administrativas, con el fin de precautelar de mejor manera el derecho de defensa de los particulares, concesionarios de una frecuencia de radio y televisión.

El Art. 67 reformado previó que la Superintendencia de Telecomunicaciones no podía ejecutar una decisión de cancelación de frecuencia mientras “no haya resolución en firme del Consejo o sentencia ejecutoriada del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo o de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia”. Según se ha analizado, el derecho de defensa de un administrado y la tutela judicial efectiva imponen que mientras se discute la legalidad de una decisión administrativa, esta no pueda ni deba ejecutarse en perjuicio del particular, pues de otra manera el recurso administrativo o la acción contencioso administrativa perderían sentido y los perjuicios que podrían derivar de la ejecución serían de difícil o imposible reparación. El Derecho Administrativo dejaría de ser la herramienta creada para alcanzar la justicia en las relaciones jurídicas que traban los particulares con el Estado, para convertirse en el instrumento que privilegia las apreciaciones interesadas de una parte de esa relación jurídico administrativa.

La reforma introducida en mayo de 1995 al Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión registró en este punto un notable avance para los derechos de los administrados; sin embargo, la Ley Orgánica de Comunicación de junio de 2013 derogó este artículo y retrocedió 18 años en esta materia, porque ha previsto en su texto que todas las resoluciones expedidas por la Superintendencia de la Información y

156 Ley Orgánica de Comunicación. Registro Oficial No. 22- III-S, 25 de junio de 2013.

157 Ley publicada en Registro Oficial No. 691 de 9 de mayo de 1995.

Comunicación deberían ser “acatadas y cumplidas”, independientemente de que los afectados las hubieren impugnado en vía judicial¹⁵⁸. La nueva Ley de Comunicación adopta el principio de ejecutividad sin ninguna contemplación que mate o atenúe sus efectos, con el solo interés de privilegiar la potestad pública que ejerce la Superintendencia de la Información y Comunicación, en desmedro del derecho de los particulares.

Al respecto es de insistir que ninguna consideración de orden público en esta materia puede sobreponerse al ejercicio pleno del derecho de defensa y a una tutela judicial efectiva de los afectados por una decisión de la Superintendencia de la Información y Comunicación, porque es deber primordial del Estado garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución (Art. 3, No. 1) porque el derecho a una tutela judicial (Art. 75) y a un mínimo de garantías del debido proceso (Art. 76 No. 7) no puede incluir a unos ecuatorianos y excluir a otros, en razón de su actividad mercantil.

En un Estado de Derecho, los derechos constitucionales de los ciudadanos, de los titulares de una concesión de radio o televisión, de los propietarios de medios impresos, caricaturistas y de los profesionales del periodismo prevalecen y son preeminentes respecto de cualquier atribución sancionadora de la Superintendencia de la Información y Comunicación y de las potestades ablatorias que pudiere haberse reservado el Estado en una relación de derecho público, mas aun cuando el ejercicio de la defensa de estos administrados guarda relación directa con otros derechos fundamentales como la libertad de expresión, la libertad de comercio e industria y el derecho a la información de los ciudadanos, tal como estableció la reforma al Art. 67 de la Ley de Radiodifusión y Televisión que se expidió diecisiete años antes de la Ley Orgánica de Comunicación. En esta línea, si el Art. 3 de la Constitución establece que es deber primordial del Estado velar por el “efectivo goce” de los derechos constitucionales, no hay fundamento para que en un procedimiento administrativo regulado por una ley secundaria se instituya un Estado con otro deber primordial, en este caso, el de imponer sanciones mediante decisiones ejecutivas, de inmediato cumplimiento, aunque su legalidad esté siendo discutida en juicio.

Si se analiza el contenido de la Ley Orgánica de Comunicación de 2013 y otras

158 Ley Orgánica de Comunicación: Art. 58.- Resoluciones de la Superintendencia.- Las resoluciones de la Superintendencia de la Información y Comunicación son vinculantes y su contenido debe ser acatado y cumplido en los plazos establecidos en la ley o en dichas resoluciones. En caso de que los administrados impugnen judicialmente la resolución de la Superintendencia, tal resolución continuará aplicándose hasta que un juez competente la suspenda o la revoke definitivamente” (énfasis añadido).

que caen dentro del ámbito del Derecho Administrativo expedidas a partir de 2007, se podrá concluir que en ella están presentes al menos tres elementos constantes que vienen a representar un denominador común de las leyes dictadas en el período 2007-2015, bajo la administración del Presidente Rafael Correa: el primero, una normativa introductoria que dedica varios artículos a la proclamación de principios y al establecimiento de derechos; el segundo, una orientación de sesgo colectivista que, en la práctica, no hace sino escatimar los derechos individuales de la persona humana.

La invocación reiterada a los “pueblos y nacionalidades” o el uso de la palabra “equidad” cuando se define a los derechos de los administrados, son ejemplos de este segundo elemento. Y el tercero, la creación de nuevos órganos administrativos o de entidades públicas con importantes atribuciones de control y sanción que, en la práctica, siempre significan menos espacios de libertad.

3.5.2. Suspensión de la eficacia de actos en vía administrativa

Después de analizar las leyes promulgadas en el período 2007-2015 que enfatizaron en el principio de ejecutividad e introdujeron retrocesos en lo relacionado con el derecho humano de defensa de los administrados, continuaré con el examen del instituto de la suspensión de los efectos del acto administrativo en sede administrativa.

A diferencia de los casos en que la suspensión opera *ex lege* con la sola presentación del recurso administrativo, la suspensión del acto que analiza este apartado se refiere a las medidas suspensivas adoptadas mediante decisión administrativa, expresa o tácita. En otras palabras, nos ocuparemos de exponer el ejercicio de una competencia administrativa para establecer cómo y en qué casos la autoridad pública que conoce del recurso en la vía gubernativa, tiene atribución para suspender la eficacia del acto administrativo, bien sea porque de oficio activa dicha potestad, bien sea porque acepta la petición del administrado que solicita detener la ejecutividad del acto.

Aunque la atribución suspensiva de la decisión administrativa esté señalada en una norma legal, la medida como tal no opera automáticamente por el ministerio de la ley como en los casos analizados anteriormente. Será el ejercicio de una atribución por parte del órgano administrativo que tramita el respectivo procedimiento el que decidirá la suspensión.

Este análisis comprende dos normas que regulan procedimientos administrativos en el ordenamiento ecuatoriano: el ERJAFE, expedido en 1994 y reformado en julio y diciembre de 2002; y, COOTAD, expedido en octubre de 2010.

3.5.2.1. El ERJAFE y la suspensión de la eficacia del acto en sede administrativa

El ERJAFE, que adeuda sus disposiciones a la Ley de Régimen Administrativo y de Procedimiento Administrativo Común española, fija el principio de la ejecutividad como regla general en la tramitación de un procedimiento administrativo y solamente como excepción ha previsto el efecto suspensivo del acto que se impugna.

Partiendo de la premisa de que las reglas procedimentales deben ser interpretadas restrictivamente, examinaré con apego a la letra de la norma adjetiva, los tres casos de suspensión de actos administrativos decidida en un procedimiento administrativo y las condiciones de validez para que dicha suspensión opere en cada uno de ellos.

3.5.2.1.1. Cuando el órgano que dicta el acto o resolución hubiere incluido en el propio acto una previsión tendiente a suspenderlo (Art. 125 No. 2).

Sin que se altere la presunción de legitimidad de la que están investidos los actos administrativos, es la propia autoridad que expide la decisión administrativa la que resuelve, por distintas consideraciones, postergar su ejecución o fijar una vacancia excepcional a la regla de ejecutividad, dejando constancia de este hecho en el acto que dictó.

En la comentada norma del ERJAFE, existen dos numerales que reconocen esta atribución al órgano que expide el acto administrativo, y lo hacen de modo reiterativo: el numeral primero señala que los actos surten efectos desde que se dicten, “salvo que en ellos se disponga otra cosa” (Art. 125.1); y el numeral segundo señala que la eficacia de la decisión administrativa quedará supeditada a su notificación o “quedará suspendida cuando así lo exija el contenido del acto” (Art. 125.2). Ambos casos dejan abierta esta posibilidad de una eficacia suspendida en el tiempo.

Del Art. 125 del ERJAFE se desprende que, bajo los procedimientos sustanciados ante la Función Ejecutiva, toda autoridad tiene la potestad de suspender los efectos del acto administrativo que dicta, esto es, de fijar salvedades al principio de ejecutividad siempre que deje constancia de esta decisión en el contenido del acto que expide. Esta norma introdujo una trascendental salvedad a la ejecutividad de los actos

administrativos y fue tomada de lo que disponen los numerales 1 y 2 del Art. 57 de la Ley española que acertaron en limitar dicho principio para precautelar de mejor manera el derecho de los particulares en una circunstancia concreta, en que el órgano administrativo discrecionalmente encuentra conveniente suspender los efectos de la resolución que expide.

3.5.2.1.2. Cuando el órgano administrativo hubiere iniciado un procedimiento de revisión de oficio de un acto administrativo (Art. 169)

Esta norma del ERJAFE transcribe el Art. 104 de la Ley española de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Cuando se trata de actos viciados de una nulidad de pleno derecho, la Administración Pública Central en cualquier momento, por iniciativa propia puede declarar de oficio la nulidad de esos actos (Art. 167). Para el efecto deberá, previamente, sustanciar un procedimiento de revisión.

En el trámite de este procedimiento de revisión de oficio y solamente cuando hubiere iniciado, el órgano competente está facultado para suspender el acto administrativo si su cumplimiento pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación (Art. 169).

En ese evento, deberá motivar su decisión suspensiva, señalando cómo los hechos concretos derivados de la ejecución del acto causarían perjuicios y, explicar cómo estos son de imposible o difícil reparación, puesto que bajo la previsión del ERJAFE no basta que la ejecución del acto produzca daño si su reparación fuere fácil y posible.

Se debe aclarar que la previsión del Art. 169 del ERJAFE no comprende a los actos anulables sometidos a un procedimiento de declaratoria de lesividad al interés público, que prevé el Art. 168 del Estatuto de la Función Ejecutiva. El supuesto de esta norma es distinto: se refiere a la suspensión de efectos los actos nulos de pleno derecho, sometidos al procedimiento de revisión de oficio. La disposición estatutaria no extiende su previsión al procedimiento de lesividad aplicable a actos anulables.

Ni siquiera el Art. 97 que regula la declaratoria de lesividad de actos nulos de pleno derecho regulado en el Libro I del ERJAFE ha contemplado la atribución de la

autoridad que lo tramita, de suspender los efectos del acto de que se trate¹⁵⁹. Esta atribución correspondería al juez contencioso administrativo que podría ejercerla válidamente en aplicación del derecho a una tutela judicial efectiva (Constitución, Art. 75).

En conclusión, dentro de un expediente iniciado para la declaratoria de lesividad al interés público de un acto administrativo, la autoridad administrativa no podrá disponer su suspensión, sino solamente en los procedimientos de revisión de oficio.

3.5.2.1.3. Cuando se interpusiere un recurso administrativo de reposición, apelación o revisión por parte interesada (Art. 189)

A diferencia de las reclamaciones tributarias, el ERJAFE ha previsto como regla de general aplicación que la interposición de un recurso administrativo no suspenda la ejecución del acto impugnado, con excepción de lo que hubiere previsto una norma específica sobre este particular. Se debe subrayar que esta regla se aplica a cualquier clase de recurso, ya sea de reposición, apelación o revisión.

El numeral 1 del Art. 189 del ERJAFE fija la regla de ejecutividad de las decisiones administrativas, pero a continuación prevé algunas excepciones.

En el escrito contentivo del recurso administrativo o en petitorio separado dentro del trámite del recurso (apelación, reposición o revisión), el recurrente puede solicitar la suspensión de los efectos del acto administrativo que impugna (Art. 189.2). Si no hubiere tal solicitud, el órgano administrativo ante el que se hubiere presentado el recurso o el competente para resolverlo puede, de oficio, disponer la suspensión inmediata del acto administrativo recurrido por el particular (Art. 189.2).

Por tanto, en la previsión estatutaria la suspensión de los efectos del acto recurrido no solamente puede originarse en la petición del administrado sino en la decisión directa y oficiosa de la autoridad llamada a resolver el recurso administrativo y aunque en la práctica no se haya conocido un caso de aplicación de esta potestad, se debe señalar que el funcionario público que pudiendo evitar los efectos dañosos de la

159 Para más información sobre la naturaleza del recurso de lesividad, *vid.* Juan Pablo AGUILAR ANDRADE. "Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana". Revista *Ruptura* No. 49, (Edición de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Quito, 2005, pp. 26-38. El autor da una apropiada solución a la contradicción que existe entre la acción de lesividad que regula del Art. 97 del Libro I del ERJAFE, que se refiere a la lesividad de actos nulos de pleno derecho y el Art. 168 del Libro II del ERJAFE que fijaría la lesividad para los actos anulables.

ejecución del acto impugnado omite hacerlo, podría responder civilmente por dichos daños.

En uno u otro caso —ya fuere por solicitud del recurrente interesado o ya fuere por decisión de oficio—, el órgano administrativo viene obligado a adoptar una decisión motivada que justifique razonadamente la medida suspensiva. Si desestimare la petición del interesado, la negativa también deberá ser motivada. Esta motivación necesariamente hará una valoración de las circunstancias concretas para sopesar si la medida provocaría perjuicios al interés público o a terceros que fueren de imposible o difícil reparación, identificando esos potenciales perjuicios y no limitándose a señalarlos de manera vaga o abstracta, pues solamente en estos extremos —perjuicios de imposible o difícil reparación— el órgano administrativo podría desestimar la suspensión del acto impugnado. En los demás casos, esto es, si no se provocaren perjuicios al interés público o a terceros o si provocándose estos fueren de posible y fácil reparación, el órgano administrativo vendría obligado a aceptar la medida suspensiva dentro del término de quince días.

Si transcurridos quince días desde la fecha en que el recurrente solicitó la suspensión de los efectos del acto, el órgano administrativo nada decidiere al respecto, la ejecución se entenderá suspendida por mandato del ERJAFE y así se prolongará hasta agotada la vía administrativa y la vía contencioso administrativa (Art. 189 No. 3). Este es un caso de silencio administrativo de efectos positivos, que no beneficia al fondo de la pretensión jurídica contenida en la impugnación del acto administrativo, sino solamente a la interrupción cautelar de sus efectos en sede administrativa, cuya eficacia se suspende por ausencia de respuesta del órgano administrativo.

No he incluido en este apartado los casos de suspensión de efectos de los actos administrativos recurridos en sede gubernativa en la Contraloría General del Estado o en el Municipio Metropolitano de Quito, porque ya fueron analizados en el numeral anterior y en razón de que en aquellos supuestos son las normas legales y no la decisión administrativa las determinantes de la suspensión automática del acto impugnado.

3.5.2.2. El COOTAD y la suspensión de los efectos del acto en sede administrativa

El Código de Organización Territorial se expidió en octubre de 2010, dieciséis años después del ERJAFE bajo la vigencia de una Constitución “garantista” que pretende instituir un Estado de Derechos y de justicia; sin embargo, sus normas de procedimiento no protegen los derechos de los ciudadanos mejor que el Estatuto y dejan sin

resolver varios aspectos que merecían mayor acuciosidad legislativa, vista la experiencia facilitada por varios años de vigencia del ERJAFE.

Las normas del COOTAD también son deudoras de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimientos Administrativo Común que rige en España desde noviembre de 1992, porque reproduce artículos del Libro II del Estatuto de la Función Ejecutiva que, a su vez, fueron tomados del ordenamiento jurídico administrativo español. En este caso, la reproducción de las normas de procedimiento que ha hecho el COOTAD son parciales e insuficientes porque descuida una regulación completa, dejando algunos cabos sueltos en lo relativo a la suspensión de efectos de los actos impugnados.

El Código tiene tres disposiciones que se refieren a esta materia, las dos primeras fijadas como atribución que puede ser ejercida en el curso de un procedimiento administrativo (Arts. 366 y 373) y la tercera como una atribución general de los concejos municipales (Art. 475). A continuación analizo cada uno de estos casos.

3.5.2.2.1. La suspensión de efectos de actos administrativos impugnados en sede administrativa (Art. 366, inciso 2)

El COOTAD fija, al igual que el ERJAFE, el principio de ejecutividad de los actos administrativos y prevé su inmediata ejecución. Esta perseverancia acrítica del referido principio le lleva a señalar a continuación que la presentación de reclamos o recursos no suspenderá la ejecución de los actos administrativos, salvo una decisión motivada de autoridad en tres supuestos: daños de difícil o imposible reparación, perjuicios al administrado o, perjuicios a terceros, previa ponderación entre interés público y el interés particular en conflicto (Art. 366, inc. 2).

La norma que comento no abandona la perversa tradición de la ejecutividad como regla de todo procedimiento y la suspensión de efectos como una excepción, sometiendo a esta suspensión excepcional a varios condicionantes: la primera, que la suspensión se haga mediante un acto debidamente motivado; la segunda, que los supuestos en que se la ordene no sean otros que la posibilidad de daños que no puedan ser reparados o que tal reparación sea muy difícil; y, tercero, que no provoque perjuicios a terceros.

Finalmente cae en el simplismo de considerar que la suspensión de efectos de un acto administrativo plantea esa falsa disyuntiva entre interés particular y un etéreo

interés público, supuestamente comprometido con este tipo de medidas. Ninguna medida suspensiva cuya atribución para dictarla ha sido reconocida a la Administración Autónoma Descentralizada puede comprometer el interés público sino en casos excepcionales y extremos¹⁶⁰.

El interés público que a las autoridades municipales o provinciales corresponderá precautelar es el derecho constitucional de defensa, la tutela efectiva de los derechos y si hay apariencia de que el acto impugnado violentó la legalidad, el interés público deberá asegurar que esa legalidad no sea infringida por la ejecutividad inmediata del acto materia de reclamación o recurso administrativo. La regulación de la norma comentada es insuficiente porque nada dice sobre el derecho fundamental de cualquier administrado, al que afecta el acto administrativo que impugna, de solicitar la tutela suspensiva sobre los efectos del acto administrativo como si lo hace el ERJAFE desde 1994.

3.5.2.2.2. La suspensión de efectos del acto administrativo sujeto al procedimiento de lesividad (Art. 373, inc. 4)

Iniciado el procedimiento de lesividad, ya fuere de oficio o a petición de parte, la máxima autoridad del gobierno autónomo descentralizado tiene atribuciones para suspender la ejecución del acto, en aquellos casos en que pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o cause perjuicios a terceros (Art. 373).

Se debe insistir que esta decisión suspensiva deberá ser debidamente motivada y deberá explicar con claridad y suficiencia por qué la ejecución del acto podría causar un perjuicio de imposible o difícil reparación o daños a terceros. Mientras el ERJAFE no ha reconocido a los órganos administrativos ninguna potestad suspensiva sobre actos sometidos al procedimiento de lesividad, el COOTAD si ha creado tal atribución a favor de las máximas autoridades de los gobiernos autónomos descentralizados.

3.5.2.2.3. La suspensión de autorizaciones (Art. 475)

El tercer y último caso de suspensión de efectos de actos administrativos previsto en el COOTAD está relacionado con actos administrativos de autorización para fraccionamiento de terrenos y actos de autorización para edificación. Esta atribución no

¹⁶⁰ *Vid.* acápite 3.5.2.3. de este libro en que se analiza el instituto del interés público con relación a la suspensión de efectos de actos administrativos.

se refiere necesariamente al trámite de un procedimiento administrativo de impugnación, ni de lesividad. Se trata de una facultad reconocida a los Concejos Municipales, que puede ser adoptada en cualquier tiempo pero con la motivación debida, fundándose exclusivamente en la razón prevista en la parte final de la norma: “con el fin de estudiar actualizaciones en los planes de ordenamiento territorial”, estudios que deberán estar debidamente justificados y explicados en la decisión suspensiva.

Por disposición de la ley, cuando se decidiera la suspensión de los efectos de los actos administrativos de autorización, dicha suspensión no debería extenderse por un período superior a un año, y en ningún caso podría llegar a la revocatoria de ese acto, salvo que la respectiva Municipalidad proceda a indemnizar los daños y perjuicios que se llegaren a provocar a los administrados afectados por esa sobrevenida revocatoria, teniendo presente que ni siquiera la eventual ilegalidad de las autorizaciones para edificar o para fraccionar, eximiría a los órganos municipales de su obligación de iniciar, por cuerda separada, un procedimiento administrativo de lesividad para la extinción del acto administrativo.

3.5.2.3. Interés público y suspensión de actos administrativos

El Art. 189.2 del ERJAFE fija un criterio para ponderar la conveniencia de suspender la eficacia del acto que hubiere sido impugnado mediante un recurso administrativo. Este criterio es el llamado “interés público” y merece ser analizado con detenimiento por cuanto el Art. 366 del COOTAD también se remite a este cuando regula la suspensión de los actos administrativos.

“Interés Público” es un concepto jurídico indeterminado al tiempo que un principio del Derecho que precautela a la sociedad como tal, que se refiere a los valores sustanciales sobre los que descansa su convivencia o a los factores que hacen posible su supervivencia dentro de la paz, el orden y la justicia. Bajo las normas de procedimiento administrativo analizadas, corresponderá al órgano administrativo o al juzgador contencioso establecer el alcance del concepto “interés público” en el caso concreto, a fin de resolver la suspensión o no de los efectos del acto impugnado.

En el tratamiento de este tema es necesario subrayar una premisa de necesarísima consideración: el interés público no se confunde ni con interés recaudatorio de las administraciones públicas, ni con el ejercicio de sus prerrogativas, dado que la libertad y la propiedad de las personas, su presunción de inocencia, su derecho de defensa, su libertad de comercio e industria, o las garantías del debido proceso, son

derechos fundamentales anteriores al Estado, y este justifica su razón de ser en la medida en que sus agentes precautelen esos derechos que son fundantes de la organización política y anteriores a ella. Por tanto, el interés público no es dissociable del respeto escrupuloso que el Estado debe observar para el aseguramiento y vigencia efectiva de esos derechos en la relación con los particulares.

Todo Estado de Derecho ha sido establecido para promover y precautelar los derechos humanos de las personas. Así lo fijó por primera vez la Constitución Política de 1979, cuando señaló como función primordial del Estado ecuatoriano asegurar la vigencia de los derechos fundamentales (Art. 2)¹⁶¹. La Constitución de 2008 que instituyó el denominado “Estado Constitucional de Derechos y de Justicia” no hizo sino transcribir un idéntico principio (Art. 3).

En consecuencia, la ejecución del acto administrativo como prerrogativa de la Función Administrativa del Estado, siempre quedará supeditada al ejercicio del derecho de defensa de los administrados, a las garantías del debido proceso, a la libertad y propiedad, todos ellos derechos fundamentales de las personas que dan contenido al interés público y que inspiran la convivencia social.

Por ello, suspender los efectos jurídicos de un acto administrativo que hubiere impuesto el cobro de una multa o cualquier género de sanción administrativa, difícilmente alcanzará el estadio en que el “interés público” está llamado a moverse, sino en casos excepcionales y circunstancias que podríamos calificar de extremas. Bajo esta consideración, la disyuntiva entre “interés público” e “interés privado” que trae el Art. 366 inc. 2 del COOTAD es conceptualmente equivocada porque el legislador está fijando una situación excepcional como si se tratase de una regla de aplicación general según explico más adelante.

Ahora, la aplicación del concepto “interés público” en un caso concreto comporta el ejercicio de una facultad discrecional: esto es, la autoridad pública deberá ponderar el alcance de este concepto indeterminado en las circunstancias concretas que el órgano esté conociendo, decidirá si el interés público o el derecho de un tercero resulta afectado, y sobre esa base podría negar la suspensión de los efectos de un acto administrativo impugnado. Esta decisión deberá fundamentarse en consideraciones de

161 La Constitución Política de 1979 está publicada en el Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979. Este precepto también ha sido reconocido en las codificaciones de 1984 (R. O. 763 de 12 de junio de 1984), de 1993 (R. O. 183 de 5 de mayo de 1993) de 1996 (R. O. 969 de 18 de junio de 1996) de 1997 (R. O. 2 de 13 de febrero de 1997) y de 1998 (R. O. 1 de 11 de agosto de 1998).

legalidad o de oportunidad y contener una explicación razonada de cómo su decisión estaría precautelando bienes superiores de la sociedad, sus valores sustanciales, los basamentos de su convivencia o los mecanismos que hacen posible su supervivencia para que la negativa de la suspensión esté debidamente motivada.

Por tanto, la potestad discrecional para apreciar el interés público en ningún caso autoriza una decisión arbitraria ni equivale a un cheque en blanco a favor de la Administración, para negar la suspensión de los efectos de un acto, perjudicando la tutela de los derechos del ciudadano. Lamentablemente, la práctica administrativa en Ecuador da la espalda a estas consideraciones jurídicas y, en ese desorden, el “interés público” ha venido a confundirse con la “ejecutividad del acto” y se ha convertido en la muletilla que se repite para cohonestar cualquier género de atropellos.

Es de subrayar que “*interés público*” no equivale a “*ejecución del acto administrativo*” ni a recaudación de dinero ni a cobro de multas. Aunque sea un lugar común el que funcionarios públicos y abogados confundan el efecto ejecutivo de las actuaciones administrativas con “interés público”, la doctrina del Derecho Administrativo y del Derecho Constitucional corrige tales posiciones haciéndonos ver que el llamado “interés público” en la mayoría de los supuestos será equivalente a la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado.

Conforme se ha explicado en este libro, en la doctrina argentina, el tratadista Agustín Gordillo recuerda que el profesor Juan Francisco Linares, desde hace varias décadas insistió en el efecto suspensivo de los actos administrativos, como regla general.

En época más reciente, el autor Jorge Luis Salomoni, fundamentado en la Convención Americana de Derechos Humanos, sostiene que la interposición del recurso administrativo por un particular debería suspender la fuerza ejecutoria de la decisión administrativa impugnada¹⁶². El autor Agustín Gordillo ha mantenido esta posición y defiende la tesis de que la interposición de un recurso en que se discute la legalidad del acto suspende automáticamente la ejecución del acto; y, solamente mediante una decisión motivada, la Administración podría llevar adelante su ejecución¹⁶³.

En la doctrina española, es más frecuente la explicación que hacen distintos autores dando por sentada la tesis tradicional de que es más favorable a la ejecutividad de

162 Jorge Luis SALOMONI. *Op. cit.*, pp. 167 y siguientes.

163 Agustín GORDILLO. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. <http://forodelderecho.blogcindario.com/2008/01/0027-tratado-de-derecho-administrativo-dr-agustin-gordillo-4-tomos.html>, p. V-44.

los actos, quizá porque en la Ley de Régimen Jurídico Administrativo y de Procedimiento Administrativo que rige en España aún sobrevive como una rémora el viejo principio de ejecutividad, en donde la suspensión de los efectos del acto se mantiene como excepción.

Pese a ello, autores como Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández explican este alcance de la ley de procedimiento administrativo española y sustentan la conveniencia de que, en determinados casos, se suspendan los efectos del acto impugnado, y de que el principio de ejecutividad no tenga carácter absoluto. La suspensión de los efectos del acto administrativo es analizada por estos tratadistas como una de las categorías de medidas cautelares para impedir provisionalmente su ejecución, hasta que se produzca la decisión definitiva. Ellos enfatizan que las medidas suspensivas deben ser utilizadas para precautelar el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva y asegurar la virtualidad misma del recurso¹⁶⁴. En síntesis, la tesis que sostiene la ejecutividad del acto administrativo y el efecto suspensivo excepcional, ha venido cediendo espacios para favorecer un planteamiento más avanzado que supera al principio de ejecutividad de los actos administrativos y privilegia la suspensión de los efectos del acto impugnado.

Este planteamiento innovador cuenta con recepción cada vez más amplia en la doctrina y en la jurisprudencia como veremos más adelante. La adopción del efecto suspensivo de los actos administrativos impugnados es más conforme con la protección de los derechos humanos. Así ha venido ocurriendo con el procedimiento administrativo tributario en Ecuador desde 1975, en que el denominado “interés público” radica en el respeto al principio de legalidad y al derecho de defensa de los contribuyentes frente a los actos de determinación de obligaciones tributarias.

El Código Tributario, desde diciembre de 1975, ha establecido en el sistema de los procedimientos que regula, que no se podrá ejecutar el acto respecto del cual se hubiere interpuesto un reclamo administrativo o una impugnación en sede contencioso administrativa. Ver al respecto los Arts. 149, 151, 247 de los que se desprende que la interposición del reclamo administrativo o de la demanda contencioso administrativa impiden a la administración tributaria ejecutar los actos de determinación de impuestos, dado que el interés público que precautela el ordenamiento tributario no

164 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, en el capítulo que trata sobre la cesación de la eficacia de los actos administrativos que corresponde a las pp. 593 a 600. También, GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op. cit.*, 2004, pp. 201-438. En esta obra, analiza la nueva doctrina del Tribunal Supremo español con relación a las medidas cautelares en un juicio contencioso administrativo y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

es la recaudación del tributo como un valor prevalente del sistema sino el derecho de defensa del contribuyente.

El efecto suspensivo de los actos de la administración tributaria determinaba que, mientras se tramitaba un reclamo administrativo o un proceso contencioso tributario la administración estaba impedida de iniciar procedimientos coactivos para el recaudo de las obligaciones contenidas en esos actos administrativos (Arts 149 inc. 3º, 151, 214, 247), situación que cambió —en términos regresivos para el derecho humano de defensa, acceso a la justicia y tutela judicial— a partir de 2007, cuando se expidió la Ley para la Equidad Tributaria en el Ecuador (Art. 7) y, posteriormente, en 2015 con la promulgación del Código Orgánico General de Procesos (Art. 324).

Las estadísticas de la recaudación de los impuestos y de la litigiosidad contencioso tributaria constituyen otro argumento adicional que demuestra el error en el que incurren aquellos planteamientos que confunden interés público con recaudación de tributos. Como hemos analizado en este libro, desde 1975 en que los contribuyentes que reclaman o demandan contra actos de la administración tributaria obtienen, por mandato legal, la inmediata suspensión de los efectos de dicho acto, hasta que se resuelve con carácter de acto firme o de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la existencia de la obligación tributaria que se discute. Pese a ello, año por año, la administración tributaria central recauda más impuestos, y los índices de conflictividad contencioso tributarias se mantienen muy por debajo del 0,18% respecto de los contribuyentes obligados a pagar tributos.

A continuación, expongo algunos cuadros que toman información estadística de lo que ocurre en la administración tributaria y en los tribunales de lo contencioso tributario para demostrar que el principio de buena fe y confianza recíproca que debe inspirar a la relación entre Administración y administrados, y el de la tutela de los derechos de los contribuyentes es el objetivo que debe perseguir todo interés público como deber primordial del Estado de Derecho y que, subordinando el interés recaudatorio el Estado no desaparece ni la administración deja de percibir los recursos que necesita para funcionar:

TOTAL DE CONTRIBUYENTES, RECAUDACIÓN DE TRIBUTOS Y DEMANDAS CONTENCIOSO TRIBUTARIAS

Año	Número total de contribuyentes	Monto de recaudación	Contra el SRI	Número causas contencioso tributarias
				Contra todas las administraciones tributarias (incluido el SRI)
2010	1 100 574	8 073 765 572	460	1894
2011	1 324 972	8 894 186 300	693	1827
2012	1 521 797	11 216 378 800	609	1530
2013	1 724 697	12 638 381 400	622	1270
2014	1 833 389	13 522 909 700	629	1378
2015	1 839 650	14 083 404 000	424	1263
TOTALES	68 429 025 772	3437	9162	

Fuente: Estadísticas del SRI y datos obtenidos del Consejo de la Judicatura

A partir de estos datos, se pueden extraer varias conclusiones:

La primera, que, en cinco años, el Estado ecuatoriano recaudó de los contribuyentes más de sesenta y ocho mil cuatrocientos millones de dólares en impuestos fiscales solamente, sin contar los tributos municipales y otras contribuciones con las que los ciudadanos y las empresas mantienen el aparato público. La segunda, que los montos de recaudación de impuestos fiscales creció a una tasa promedio del 11,96% anual; esto es, el Estado se benefició de un incremento de tributos en montos que duplicaron y triplicaron el porcentaje de crecimiento la economía ecuatoriana.

La tercera, que las demandas propuestas contra el Servicio de Rentas Internas comprenderían al 37,5% del total de causas contencioso tributarias que se tramitan en los distintos tribunales distritales, siendo esta la administración que mayor conflictividad judicial enfrenta.

La cuarta, que el número total de demandas contencioso tributarias presentadas contra el Servicio de Rentas Internas —correspondiente al período 2010 a 2015 (3437)—, no supera el 0,31% del universo de contribuyentes al 31 de diciembre de 2010, ni el 0,18% al 31 de diciembre de 2015, teniendo en cuenta que varias demandas son presentadas por un mismo contribuyente, de manera que la proporción podría ser menor.

La quinta, que mientras el sistema tributario previó la suspensión automática de los efectos de los actos administrativos que se impugnan, la Administración Tributaria Central había venido recaudando más y más impuestos año por año, con lo cual, la eliminación del principio de ejecutividad no impediría a la Administración Pública desplegar su actividad ni obstaculizaría el cumplimiento de sus funciones. Al contrario, mientras se ha mantenido una suspensión automática de los actos de la administración tributaria cuando estos son impugnados en sede jurisdiccional, los niveles de recaudación tributaria incrementan todos los años porque los contribuyentes, por regla general, cumplen la ley y no les anima el interés de litigar para impedir o retardar el cumplimiento de los actos administrativos. Esto que ha sido evidente en el ámbito de los procedimientos tributarios no tiene porqué ser diferente para los demás procedimientos administrativos, en general.

En otras palabras, la suspensión automática de la ejecutividad de los actos de la administración tributaria ni ha paralizado el funcionamiento de las administraciones tributarias, ni ha volcado a los contribuyentes a presentar reclamos y demandas para esquivar el pago de los impuestos o burlar a la Administración, ni ha impedido que el Estado recaude tributos en cifras cada vez mayores.

En la acertada regulación que se hizo del Código Tributario desde 1975 en que se promulgó, quedó claro que para el sistema tributario no puede haber “interés público” distinto que la plena vigencia de la legalidad y el respecto al derecho de defensa de los contribuyentes, porque estos son los bienes jurídicos que el orden administrativo tributario y los servidores de las distintas administraciones tributarias (central, seccionales y de excepción), están llamados a precautelar en primer lugar, por sobre el interés recaudatorio. Por ello, en un sinnúmero de casos, la ejecutividad del acto administrativo que irrespeto el derecho fundamental a la defensa, o que atropella la propiedad de un contribuyente compromete seriamente el interés público.

3.5.2.4. Acción de lesividad y suspensión de actos administrativos

Las reflexiones de los capítulos precedentes abordan el efecto suspensivo de aquellos actos administrativos expedidos en una relación bilateral Administración-administrados, cuando estos últimos plantean una reclamación o un recurso administrativo para impugnar la decisión que limitó la esfera de derechos y libertades de los particulares, que impuso una carga obligacional, una sanción o simplemente restringiéndole su ámbito de libertad. Si bien esos supuestos corresponden en la práctica al mayor número de situaciones del día a día de la relación administrativa, se debe señalar que

hay otros supuestos, cuantitativamente inferiores estos, en los que la Administración encuentra un acto administrativo favorable a los administrados que lesiona el orden jurídico, y decide iniciar un procedimiento de revisión de oficio o de lesividad al interés público, según sea el caso.

El análisis de este tema exige definir al menos dos variables: la primera, la normativa aplicable a la suspensión de efectos de actos administrativos favorables al administrado que son materia de un procedimiento de lesividad; la segunda, el ámbito de atribuciones de la Administración que inicia un procedimiento de revisión de oficio o de lesividad al interés público.

Con relación a las normas aplicables a estos supuestos, debo referir a las que trae el ERJAFE en sus Arts. 167 y 168, disposiciones que en el ámbito de los procedimientos administrativos regulan la situación de actos que, siendo favorables a un particular, a juicio de la administración, son contrarios al orden jurídico.

Si la Administración Central estima que los actos administrativos favorables están viciados de nulidad absoluta, adoptará el procedimiento de la revisión de oficio de ese acto (Art. 167), y el órgano administrativo podría disponer la suspensión de efectos una vez que dicho procedimiento de revisión ya hubiere iniciado — siempre que se puedan causar perjuicios de imposible o difícil reparación, pues en caso contrario tal procedimiento podría continuar sin la medida suspensiva (Art. 169)—. En otras palabras, la suspensión de los efectos del acto es un extremo excepcional en los procedimientos de revisión de oficio de actos nulos. El otro supuesto es el de los actos administrativos anulables. Cuando dichos actos fueren favorables al administrado, la Administración Central los podrá declarar lesivos para el interés público (Art. 168), pero en ningún caso la norma de procedimiento ha previsto la atribución para suspender los efectos de dicho acto. En consecuencia, solamente el juez contencioso administrativo podría ordenar la suspensión de los efectos del acto administrativo que la Administración hubiere declarado lesivo al interés público, dado que, en el procedimiento de lesividad, no existe norma legal que hubiere atribuido a la autoridad administrativa suspender el efecto del acto administrativo favorable al administrado.

Esta conclusión está fundamentada en dos principios: el principio de estabilidad de los actos administrativos favorables, esto es, de los que declaran o reconocen situaciones jurídicas a favor de los particulares, en que el derecho constitucional a la seguridad jurídica que asiste a esos administrados impide a los órganos administrativos afectar o alterar dicha situación jurídica si no es mediando una decisión del órgano

jurisdiccional, más aun cuando esta ha sido previamente reconocida por la propia administración; y en el principio de legalidad establecido en la Constitución de la Republica (Art. 226) que señala que las instituciones y funcionarios del Estado no pueden ejercer atribuciones que no estuvieren reconocidas expresamente en la ley, y con relación al procedimiento de lesividad, no existe ninguna disposición de la ley, ni siquiera las reglamentarias del ERJAFE que atribuya al órgano administrativo potestad suspensiva de los actos administrativos.

El Art. 189 del ERJAFE que permite a los órganos administrativos dictaminar de oficio la suspensión de los efectos de los actos administrativos no se refiere a los procedimientos de lesividad de dichos actos sino a los de impugnación mediante un recurso administrativo y el Derecho Público no admite crear potestades por aplicación analógica de las normas de derecho, en virtud del mencionado principio de legalidad. Estas reflexiones son conformes con la doctrina y legislación argentinas según lo explica el catedrático Ernesto N. Bustelo. El autor se refiere al caso *Dirección General de Escuelas contra Vaughan* en que la Suprema Corte de Justicia de Mendoza aceptó la suspensión de efectos de un acto que había ordenado la reincorporación de un docente al cargo de director de una Escuela, violando la normativa vigente, porque dicha persona no cumplía con los requisitos legalmente exigidos para el ejercicio de ese cargo. Este autor insiste en la obtención de este pronunciamiento por parte del juez como el camino para no infringir el derecho constitucional:

En los supuestos en que un acto administrativo goza de estabilidad, la Administración carece de facultades para revocarlo por sí, y si advierte que adolece de vicios, debe acudir a sede judicial a solicitar su anulación mediante la interposición de la correspondiente acción de lesividad. Se plantea no obstante el interrogante de si puede, en tales casos, la Administración dictar otro acto en sede administrativa ordenando suspender los efectos de aquel que goza de estabilidad. La respuesta es concluyente: no, y ello aun cuando con posterioridad o simultáneamente se deduzca una acción de lesividad pretendiendo la anulación de este último. Lo que la Administración debe hacer en tal supuesto es precisamente formular en sede judicial, en forma previa, conjunta o posteriormente a la interposición de la acción de lesividad, el pertinente pedido de suspensión de la ejecución del acto cuya anulación se pretende conseguir”¹⁶⁵.

165 Ernesto N. BUSTELO. “Suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco del procedimiento administrativo”. *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo IX. Mendoza: Ed. Dike, 2003, pp. 323 y 324.

Estas conclusiones que trae la doctrina argentina, sin embargo, no se aplican a los procedimientos de lesividad de los gobiernos autónomos descentralizados al amparo de las normas del COOTAD, pues según el Art. 373 inc. 4o de dicho Código Orgánico, las autoridades administrativas —a diferencia de las que se rigen por el ERJAFE— sí tienen atribuciones para disponer la suspensión de los efectos del acto administrativo respecto del cual hubieren iniciado un procedimiento de lesividad al interés público.

En mi opinión, esta norma más favorable a las prerrogativas del órgano administrativo está limitando la estabilidad de los actos administrativos favorables, y por ello comporta un retroceso frente al ERJAFE cuyo texto del 27 de diciembre de 2002 no reconoció tal atribución. En todo caso, la suspensión prevista en el COOTAD no es abierta, también tiene carácter excepcional y procede solamente cuando el acto administrativo “pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación o cause daños a terceros”. Por ello, el deber de motivación de una decisión suspensiva deberá establecer con precisión cómo se producen perjuicios de imposible o difícil reparación o cómo se producen daños a terceros, estableciendo con claridad cómo las circunstancias concretas quedan subsumidas en la hipótesis de la norma.

3.5.3. Suspensión en sede jurisdiccional

El instituto del aplazamiento de la ejecución del acto administrativo, conocido en la doctrina francesa como *Sursis a Execution*, es otra de las reflexiones hechas por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés y fue concebido como un arbitrio jurisdiccional tendiente a poner límites a la ejecutividad de los actos administrativos¹⁶⁶. Estas medidas suspensivas se refieren a la potestad del juzgador de impedir, mediante providencia, la ejecución del acto administrativo y, en mi opinión, trasluce una indispensable fórmula técnica de contrapeso que la Función Judicial del Estado debe ejercer sobre la Función Administradora, en un régimen constitucional.

Por ello, en el ámbito de las relaciones jurídico administrativas en Ecuador, la facultad de suspender la ejecución de los actos administrativos es consustancial al poder jurisdiccional que deberían ejercer los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo según la definición del Art. 1 del Código de Procedimiento Civil: *potestad pública de ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada*. Esta definición fue reproducida en términos similares en el Art. 150 del Código Orgánico de la Función Judicial, expedido en marzo de 2009.

166 Jorge VÉLEZ GARCÍA. *Op. cit.*, p.20.

La jurisdicción contenciosa en Ecuador la ejercen los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario¹⁶⁷ que se rigen por el Código Tributario de diciembre de 1975, el Código Orgánico de la Función Judicial de marzo de 2009 y el Código Orgánico General de Procesos de mayo de 2015. Aunque a partir del 22 de mayo de 2016 entró en vigencia el nuevo Código Orgánico General de Procesos que derogó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, estimo necesario analizar los casos en que la ley ecuatoriana autorizaba al juzgador contencioso disponer la suspensión del acto administrativo, dado que miles de procesos seguirán, por varios años, tramitándose bajo las normas de la derogada LJCA:

El Art. 76 de la derogada LJCA confirmó el vigor de la ejecutividad como una regla de general aplicación, de manera que las declaraciones de voluntad de la administración deben cumplirse inmediatamente, aun cuando su legalidad esté sometida al conocimiento y resolución del juzgador contencioso. Es de destacar que esta disposición regresiva también se mantiene en el nuevo Código Orgánico General de Procesos puesto que, en materia tributaria, si no se rinde una caución del 10%, el acto de determinación tributaria impugnado se ejecutará, aunque su legalidad esté siendo discutida en el juicio (Art. 324); y, en materia contencioso administrativa también habrá ejecución del acto si los jueces distritales niegan la tutela suspensiva (Art. 330).

3.5.3.1. La suspensión en el Art. 75 de la derogada LJCA

La práctica judicial ecuatoriana tan catequizada con los contenidos de ese principio, ha terminado elevándolo a la categoría de un dogma de fe probablemente por el mandato que encerraba dicha norma: salvando los casos en que se discutan obligaciones económicas a favor del Estado (Art. 75), la interposición del recurso contencioso administrativo “en ningún caso [...] suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo” (Art. 76).

El Art. 75, que contemplaba una excepción al principio de ejecutividad establecido en el Art. 76, previó una medida suspensiva siempre que se hubieran cumplido dos condiciones: (i) que el demandante lo solicite a la respectiva Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo; por tanto, el juez no tenía atribuciones para actuar de oficio; y, (ii) que el procedimiento iniciado para el cobro coactivo se hubiera referido a una obligación económica a favor de la Administración, esto es,

167 Código Orgánico de la Función Judicial (R. O. 544-S, 18-03-2014).

una obligación de dar, sin consideración a la amplia tipología de obligaciones que nacen de la relación jurídico administrativa, ya fueren de hacer o de no hacer y que quedaban sin ninguna fórmula de protección.

Una lectura más atenta del Art. 75 de la derogada LJCA nos mostraba que dicha disposición legal no trataba propiamente de la suspensión de efectos del acto administrativo para proteger el derecho del administrado, sino de un método de aseguramiento del interés fiscal, el afianzamiento de una obligación dineraria para precautelar el cobro que deba hacer la Administración cuando ya hubiera iniciado un procedimiento coactivo, mientras se discute el derecho del particular.

Aunque la ley derogada no lo decía, debía entenderse que la solicitud cautelar de suspensión de la coactiva podía presentarse en cualquier momento del trámite del juicio principal, y el Tribunal estaba obligado a ordenarla después de afianzado el interés económico de la entidad pública mediante un depósito en el Banco Central de la cantidad demandada y de los intereses devengados; o mediante la constitución de fianza bancaria, prendaria o hipotecaria a satisfacción del Tribunal.

El afianzamiento que previó la norma del Art. 75 fue inconstitucional, puesto que violaba la garantía de la tutela judicial: no consideraba los argumentos de derecho que tuviere el accionante para impedir esa ejecución, ni que estaba pendiente de resolución la legalidad de la pretensión económica de la Administración; y porque la exigencia de afianzar la obligación en un proceso tan dilatado como el contencioso administrativo, puede provocar daños irreparables al administrado. Poca o ninguna trascendencia práctica tendría la acción contencioso administrativa para los afectados por el acto que impugnan, si al plantear la demanda contenciosa de todas maneras sufrían mengua o detrimento en su patrimonio, en un valor equivalente a la totalidad de lo pretendido por la administración demandada, con la carga adicional de unos intereses que deberán calcularse por todo el tiempo que demore el juicio contencioso, demora que ocurre por retardo en la administración de justicia.

De lo anterior se desprende que, tal como estaba concebida la LJCA, el afianzamiento para impedir los efectos de un juicio coactivo, suponía para el administrado la carga de asumir un coste económico mayor que el de pagar a la Administración. Esta situación mejora en el nuevo COGEP porque la medida suspensiva (Art. 330) no exige del accionante rendir ninguna caución en el ámbito contencioso administrativo. En materia contencioso tributaria se retrocedió en este punto, puesto que se exige la caución del 10% de la cuantía del juicio (Art. 324).

Por otro lado, la disposición del Art. 75 de la LJCA para suspender la ejecutividad de un acto se refiere solamente a las obligaciones dinerarias que se ejecutan por la vía coactiva, y no se aplica a otro tipo de decisiones administrativas ejecutivas ni a supuestos distintos al de un juicio coactivo.

En mi opinión, la tutela judicial de derechos e intereses que consagra la Constitución de la República (Art. 75), desde el primer momento de su vigencia (1998), derogó la exigencia abusiva de la LJCA y, actuando con plena sujeción al derecho constitucional, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo debieron sujetarse —y nunca lo hicieron— a las previsiones de los Arts. 425 y 426: la primera que prevé el orden jerárquico de aplicación de las normas y señala en primer lugar a la Constitución y subordinadas a ella las leyes ordinarias como es el caso de la LJCA y que, en caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, los jueces están obligados a resolver mediante la aplicación de la norma jerárquica superior; la segunda norma que manda que los jueces apliquen directamente las normas constitucionales, aunque las partes no las invoquen expresamente.

En todo caso, siendo evidente la contradicción entre el derecho a la tutela judicial que consagra el Art. 75 de la Constitución y los Arts. 75 y 76 de la derogada LJCA, no dejó de llamar la atención que ningún juez contencioso administrativo haya aplicado el procedimiento que el Art. 428 de la Constitución previó para estos casos: suspender la tramitación de la causa y remitir en consulta el expediente de que se trate a la Corte Constitucional para que, en un plazo no superior a cuarenta y cinco días, resuelva sobre la constitucionalidad de tan desactualizadas disposiciones legales.

Por otro lado, la expresión “obligaciones económicas” que emplea la norma debería entenderse referida a *créditos no tributarios* puesto que si las obligaciones se hubieran originado en tributos o multas por incumplimiento de obligaciones tributarias, la competencia correspondería a los Tribunales Distritales de lo Contencioso Tributario y no a los de lo Contencioso Administrativo. Bajo la expresión “obligaciones económicas” estaban comprendidas no solamente las de carácter dinerario, sino también las que deban satisfacerse en especie.

3.5.3.2. La suspensión prevista en el Art. 247 del Código Orgánico Tributario

He analizado cómo el Art. 247 del Código Tributario consagró como principio general para el contencioso tributario, que la presentación de la demanda ante uno de los tribunales distritales suspendía la ejecución del título contentivo de obligación tributaria.

En este caso, la suspensión de los efectos del acto impugnado eximía al Tribunal emitir pronunciamiento alguno al respecto, y al accionante de solicitar tal suspensión, dado que el principio de ejecutividad de los actos y resoluciones de la administración tributaria encontraba un límite que imponía la suspensión automática del acto impugnado para hacer efectiva la tutela judicial que consagra la Constitución como una de las garantías del debido proceso.

Conviene aclarar que esa previsión cambió después de la expedición del COGEP que exige un afianzamiento del 10% de la obligación discutida en juicio, como requisito para suspender los efectos del acto impugnado (Art. 324). Esta previsión del COGEP es un retroceso del derecho constitucional a la tutela judicial, al derecho de defensa de los contribuyentes y un desconocimiento del principio de progresividad de los derechos humanos que prevé el Art. 11 No. 8 de la Constitución¹⁶⁸.

Como se ha señalado en repetidas ocasiones a lo largo de este libro, principalmente en el acápite 1.5, la dictadura militar que en 1975 promulgó el Código Tributario, reconoció a través de sus normas un sistema de protección de los contribuyentes conforme con las garantías del debido proceso, el derecho de defensa y la tutela judicial efectiva y no contempló ninguna limitación al derecho de impugnar los actos de la administración tributaria, obteniendo una tutela suspensiva automática e impidiendo la ejecución mientras el acto no esté firme o ejecutoriado.

Resulta paradójico que cuarenta años después, bajo un régimen democrático y con la vigencia de una Constitución calificada como “garantista”, el nuevo COGEP menoscabe tales derechos fundamentales de los contribuyentes que accionan en sede contencioso tributaria, imponiéndoles cargas pecuniarias para alcanzar la tutela sus-

168 Constitución de la República, “Art. 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: [...] 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. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”.

pensiva de los actos administrativo tributarios, que el Código Tributario de 1975 hasta 2007 no las había previsto.

En esta materia se puede advertir que la Ley para la Equidad Tributaria primero y el COGEP después infringen abiertamente la regla del Art. 11 No. 8 de la Constitución que manda que el contenido de los derechos será progresivo a través de sus normas, nunca regresivo.

En este punto tiene interés analizar cómo el Código Tributario desde 1975 previó que la suspensión de la eficacia del acto administrativo tributario operaba *ex lege*, porque se aspira a que esas normas vuelvan a regir cuando el Ecuador se encause en el andarivel de un Estado de Derecho, abandone definitivamente los oropeles semánticos de eso que se ha dado en llamar “Estado Constitucional de Derechos y de Justicia” y establezca un régimen jurídico que respete, con honradez, la tutela judicial, el debido proceso y el derecho de defensa en el ámbito de las jurisdicciones contencioso administrativa y contencioso tributaria.

3.5.3.3. La suspensión en procesos de garantías jurisdiccionales

Otro supuesto en el que un órgano de la función judicial puede decretar la suspensión de los efectos de un acto puede ocurrir en un procedimiento de garantías jurisdiccionales. En el trámite de una acción de protección, por ejemplo, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de junio de 2013 atribuye al juez la facultad de dictar, en la providencia de calificación, la medida o medidas cautelares que considere procedentes (Art. 13 No.5)¹⁶⁹.

En el género de medidas que podrían ser decretadas por el juez está aquella que conocemos en el derecho administrativo como suspensión de los efectos del acto administrativo, cuando lesionan derechos constitucionales. Es de destacar que esta facultad puede ser ejercida en el trámite de cualquier otra garantía jurisdiccional y no solamente en acciones de protección.

Adicionalmente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional ha creado una garantía específica denominada “Medidas cautelares” para

169 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional publicada en el R. O. 52-S de 22 de octubre de 2009. En el numeral pertinente, el texto de la disposición comentada manda: “**Art. 13.-** Calificación de la demanda de garantía.- La jueza o juez calificará la demanda dentro de las veinticuatro horas siguientes a su presentación. La calificación de la demanda deberá contener: [...] 5. La orden de la medida o medidas cautelares, cuando la jueza o juez las considere procedentes”.

“evitar o cesar una amenaza o violación” de derechos constitucionales o derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales de protección (Art. 26). Entre estas medidas, la ley ha previsto “la suspensión provisional del acto”¹⁷⁰.

El trámite de esta garantía prevé que la petición de medidas cautelares podría ser hecha verbalmente o por escrito, planteada de manera autónoma o conjuntamente con cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, en cuyo caso tales medidas deberán tramitarse previamente a la acción que corresponda según la violación del derechos (Art. 32)¹⁷¹.

El juez que conoce la petición de medidas cautelares, verificará, “por la sola descripción de los hechos, que se reúnen los requisitos previstos” en la ley, y otorgará de manera inmediata las medidas cautelares correspondientes, sin que siquiera esté obligado a notificar al afectado, especificando las medidas positivas y negativas de las cautelas que deban satisfacerse, utilizando los medios que estén a su alcance tales como “llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos” (Art. 33)¹⁷². En el interés de favorecer el cumplimiento y observancia de los derechos constitucionales, el legislador ecuatoriano ha creado esta garantía denominada “Medidas cautelares” que tiene como antecedente, en parte, la acción de amparo que contemplaba la Constitución Política codificada en junio de 1996 (Art. 31). En la práctica, los jueces no se apegan a ese “garantismo” que se propone alcanzar, porque

170 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “**Art. 26.-** Finalidad.- Las medidas cautelares tendrán por objeto evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales sobre derechos humanos. Las medidas cautelares deberán ser adecuadas a la violación que se pretende evitar o detener, tales como la comunicación inmediata con la autoridad o persona que podría prevenir o detener la violación, la suspensión provisional del acto, la orden de vigilancia policial, la visita al lugar de los hechos. En ningún caso se podrán ordenar medidas privativas de la libertad”.

171 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “**Art. 32.-** Petición.- Cualquier persona o grupo de personas podrá interponer una petición de medidas cautelares, de manera verbal o escrita, ante cualquier jueza o juez [...]. La petición podrá ser interpuesta conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución, cuando tenga por objeto detener la violación del derecho. En estos casos, las medidas cautelares se tramitarán previamente a la acción para declarar la violación de derechos, por lo que no se requerirá la calificación del requerimiento para que proceda la orden de medidas cautelares; de ser procedente, la jueza o juez podrá ordenar las medidas cautelares cuando declare la admisibilidad de la acción [...]”.

172 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “**Art. 33.-** Resolución.- Una vez que la jueza o juez conozca sobre la petición de medidas cautelares, si verifica por la sola descripción de los hechos que se reúnen los requisitos previstos en esta ley, otorgará inmediatamente las medidas cautelares correspondientes. No se exigirán pruebas para ordenar estas medidas ni tampoco se requiere notificación formal a las personas o instituciones involucradas. [...] admitirá o denegará la petición de medidas cautelares mediante resolución sobre la cual no se podrá interponer recurso de apelación. En el caso de que la jueza o juez ordene las medidas correspondientes, especificará e individualizará las obligaciones, positivas y negativas, a cargo del destinatario de la medida cautelar y las circunstancias [...] en que deben cumplirse; sin perjuicio de que, por las circunstancias del caso, la jueza o juez actúe de forma verbal; y se utilizarán los medios que estén al alcance de la jueza o juez, tales como llamadas telefónicas, envíos de fax o visitas inmediatas al lugar de los hechos”.

en lugar de proteger los derechos constitucionales de las personas, esta acción se ha convertido en la puerta de entrada a la corrupción que tan profundamente penetró en la médula institucional del Estado ecuatoriano. Aunque la potestad jurisdiccional de suspender los efectos de un acto de autoridad mediante el procedimiento de “Medidas cautelares” vaya en la línea del presente análisis, esta garantía jurisdiccional, al menos como una acción autónoma, está muy lejos de proteger a los ciudadanos del abuso de cierta actividad administrativa, al menos por cuatro razones:

La primera, porque se circunscribe a la protección de derechos constitucionales y no comprende la protección de la legalidad que surge de una relación jurídico administrativa. La vinculación jurídica del ciudadano frente a la Administración no necesariamente comprende derechos constitucionales.

La segunda, porque esta atribución de dictar medidas cautelares reconocida a los jueces de instancia no les alcanza a los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo para corregir arbitrariedades que afecten la legalidad y menoscaben el derecho que la ley reconoce a favor de los administrados.

Al autor que escribe estas líneas le ha llamado la atención que el interés “garantista” de precautar el derecho de los ciudadanos frente a los actos del poder público no haya venido acompañado de una atribución legal más clara a favor de los jueces que naturalmente están controlando la legalidad de las actuaciones administrativas como son los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, y que todo el planteamiento de atribuciones jurisdiccionales para dictar “medidas cautelares” haya sido entregado exclusivamente a jueces de instancia (civiles, de tránsito, de la niñez y adolescencia, laborales, etc.) en cuyas competencias y preparación no está la de juzgar a la Administración Pública ni aplicar reglas de derecho administrativo.

La tercera, porque la garantía jurisdiccional de “medidas cautelares”, principalmente cuando se las plantea como una acción autónoma, ha sido utilizada y aceptada por los jueces de instancia como herramienta de extorsión contra sujetos de derecho privado, para dirimir mediante un procedimiento sumarísimo — en el que no se exige la notificación a la parte afectada— una serie de controversias que deberían sustanciarse a través de una vía de conocimiento distinta. Derechos laborales, conflictos de tránsito, infracciones contractuales, reclamos de consumidores, controversias de contratación pública, etc. en la que cualquier argumento desaprensivo invoca supuestos derechos constitucionales violados, y cualquier providencia irresponsable cebada con la venalidad de algunos jueces estaría siempre disponible en ese mercado

concupiscente que el pretendido “garantismo” de la Constitución de 2008 ha instituido en Ecuador.

El desborde y abuso de estas medidas, que desvirtúan el trámite de controversias que deberían sustanciarse bajo otras reglas procesales, viene auspiciado por el procedimiento inconsulto establecido en los Arts. 32 y 33 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en la que la petición del afectado puede ser “verbal” y el juez queda autorizado para utilizar llamadas telefónicas o para hacer visitas personales con el fin de “proteger” derechos constitucionales invocados por la parte interesada. Aunque la violación de los derechos y libertades protegidos por la Constitución sea grave, en un Estado de Derecho, estos métodos previstos en la ley no han servido para corregir tales violaciones sino para corroer la justicia.

En cuarto lugar, porque en un sinnúmero de casos las autoridades públicas han desnaturalizado esta garantía jurisdiccional, solicitando a los jueces de instancia la adopción de “medidas cautelares” como si esos órganos de derecho público fueran legitimados activos para proponerlas. En la práctica, esta tergiversación que parte del desconocimiento del principio de autotutela administrativa¹⁷³ ha venido generalizándose para burlar un procedimiento administrativo dispuesto en la ley, legitimar actuaciones arbitrarias, violar contratos, burlar los resultados de un examen de la Contraloría General del Estado, conminar de manera inmediata a los sujetos de derecho privado a soportar cualquier género de carga obligacional, sin permitirles el ejercicio de su defensa, o avalar cualquier género de actuación bajo el cobijo siempre elástico de unos derechos constitucionales tergiversados y ejercidos indebidamente por entes públicos¹⁷⁴. A este respecto se debe aclarar que ninguna garantía jurisdiccional ha sido establecida para proteger a la Administración, porque sus órganos, antes que titulares de derechos, lo son de prerrogativas establecidas en la ley. Ella está dotada de una potestad de *imperium* cuyo ejercicio es el que lesiona o pone en

173 Ver definición de la autotutela administrativa en el Capítulo 3.1. de este libro.

174 En Ecuador, pocos autores reparan en estos presupuestos del derecho público. El Dr. Fabián Corral, catedrático universitario y autor de varios libros ha destacado el error que supone concebir un Estado con derechos. En un artículo publicado en diario *El Comercio* en la edición de 5 de marzo de 2015, señala lo siguiente: “Los individuos no necesitan ‘justificar’ la titularidad de sus derechos fundamentales, porque esos derechos vienen insertos en su condición y derivan de su dignidad. Sin ellos, las personas no son personas [...]. En cambio, el Estado necesita justificar el poder que ejerce, necesita explicar y sustentar la fuente de donde provienen sus potestades [...] en la Constitución y en la Ley [...]. El Estado, a diferencia de los individuos, necesita justificación, porque ni ahora ni nunca tuvo, en realidad, ‘derecho’ propio para gobernar”. Al analizar el Art. 1 de la Constitución de 2008 que se refiere al “Estado de Derechos”, con la rotundidad de una lógica impecable en esta materia, concluye: “La atribución de derechos individuales, como nota distintiva del Estado, implica una expropiación de los derechos individuales en beneficio del poder; [...] cabe distinguir lo que son derechos individuales, los poderes concretos de cada persona, de lo que son las facultades del Estado, que usualmente se confunden con derechos” (Fabián CORRAL. “LOS DERECHOS DEL ESTADO”. *El Comercio*, 5 de marzo de 2015).

riesgo de lesionar derechos constitucionales de las personas y por ello es el Estado el que está llamado a responder por cualquier violación de tales derechos sin que el ordenamiento le autorice a ese Estado a asumir el rol de un peticionario más de la protección constitucional.

Los sujetos de derecho privado son los legitimados activos para plantear las acciones de garantías jurisdiccionales y precautelar sus derechos y libertades. La autoridad pública ni es legitimada activa para esta clase de acciones ni necesita proteger sus prerrogativas que la ley le reconoce, porque el Estado no es titular de derechos ni de libertades constitucionales sino de prerrogativas públicas que solamente pueden nacer de la Constitución o la ley para la consecución de sus fines: su obligación jurídica es garantizar y responder por la vigencia de los derechos constitucionales de los ciudadanos (Constitución Art. 3), de manera que resulta un contrasentido, una burda manipulación de las instituciones jurídicas y una nueva evidencia de que la independencia de la justicia ha quedado pulverizada, el que antes de derecho público utilicen garantías jurisdiccionales para proteger sus “prerrogativas” y obtener de los jueces de instancia “medidas cautelares” a su favor.

En síntesis: el presente análisis aboga por una mayor atribución de los órganos contencioso administrativos para disponer la adopción de medidas cautelares en cualquier controversia que involucre el juzgamiento de la legalidad administrativa, de oficio o a petición de parte. Más aún, sostiene la conveniencia de que el contencioso administrativo en Ecuador reconozca la suspensión automática de los efectos de actos administrativos impugnados, como se implantó en el contencioso tributario desde 1975 hasta 2007, porque este esquema suspensivo es el que mejor precautela el derecho fundamental de defensa de los ciudadanos y guarda mayor conformidad con la tutela judicial efectiva prevista en el Art. 75 de la Constitución. Empero, el discurso garantista promovido a través de procedimientos inconsultos como el de “medidas cautelares” autónomas y la manipulación que de estas han hecho, por un lado, la práctica desaprensiva de los jueces de instancia y por otro, varias instituciones del Estado que las utilizan para irrespetar procedimientos fijados en la ley, llevan a la conclusión de que la protección de la legalidad bajo la Constitución de 2008 y el denominado “Estado Constitucional de Derechos y de Justicia” ha retrocedido en estas materias y que en lugar de proteger el derecho constitucional de los ciudadanos ha servido para precautelar el interés de las instituciones del Estado.

En mi opinión, no había razón para abandonar la acción de amparo que se creó en la reforma constitucional de 1996. Dentro de ese abanico muy amplio de actos ilegítimos de autoridad susceptibles de amparo, estaban incluidos los actos administrativos

como una de las formas más utilizadas por la Administración Pública para hacer sus declaraciones de voluntad, sin caer en las degeneraciones que ha traído el procedimiento de “medidas cautelares” autónomas. En lo que a este análisis interesa, el juez, que conocía de las demandas de amparo tenía atribuciones muy amplias para cesar, evitar o remediar las consecuencias de un acto ilegítimo de autoridad que pudiere lesionar derechos constitucionales.

El desborde de acciones de amparo en el período 1997-2007 ocurrió porque, en el ámbito de lo contencioso administrativo, los tribunales distritales no se atrevieron a aplicar el principio de tutela judicial efectiva consagrada constitucionalmente ni a ejercer el papel jurisdiccional que exigía de los jueces adoptar cualquier género de medida cautelar para precautelar la garantía mínima de un debido proceso, cuando se discutía la legalidad de una actuación administrativa. Los tribunales distritales siempre prefirieron moverse en el confort que les proporcionaba la inercia del principio de ejecutividad de los actos administrativos bajo la norma del Art. 76 de la derogada LJCA, de manera que la única vía de ejercer el derecho de defensa de manera expedita frente a los actos de autoridad pública fue, en su momento, la acción de amparo constitucional.

A partir de la Constitución de 2008 y de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de junio de 2009 se crearon en su orden la acción de protección y el procedimiento de “medidas cautelares”. Hoy en día, el abuso y la utilización indebida de las acciones de protección y del procedimiento de “medidas cautelares” autónomas se mantiene y, se mantendrá mientras los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo perseveren en las anquilosados dogmas de la ejecutividad de los actos administrativos.

En todo caso, las normas constitucionales que crearon la acción de amparo constitucional, y las disposiciones posteriores que la sustituyeron por la “acción de protección” y el procedimiento de “medidas cautelares” son ejemplos que abundan en la demostración de que el principio de ejecutividad históricamente concebido como una técnica formal para apuntalar las prerrogativas del poder público, fue perdiendo vigor en la legislación ecuatoriana.

La indiscutida preeminencia de los derechos y garantías que consagran la Constitución y los tratados internacionales de protección a los derechos humanos viene marcando para el Derecho Administrativo ecuatoriano nuevos contenidos que exigen un reconocimiento de mayores atribuciones a favor de los jueces para disponer medidas que precautelen el derecho de los administrados. La protección de los derechos

humanos imponen una profunda revisión del dogma de la ejecutividad de los actos administrativos porque solamente mediante el aseguramiento de una tutela judicial se hará efectivo el libre desenvolvimiento de actividades de las personas, sin dogmas que obsten el ejercicio de su libertad y tornen conflictiva la relación con los poderes públicos.

La ejecutividad y las exigencias de cumplimiento inmediato de los actos administrativos han tendido a relativizarse con el paso del tiempo, al menos en lo que tiene relación con la protección de los derechos constitucionales. Queda pendiente la asignatura relacionada con la protección de la legalidad, no menos trascendente que la anterior y que exige una actuación decidida de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

3.5.3.4. La suspensión de los efectos del acto administrativo y la acción de lesividad

Cuando se analizó la suspensión del acto en sede administrativa, abordamos el procedimiento de lesividad al interés público. En este acápite en que tratamos la suspensión de los efectos del acto en sede contenciosa, corresponde volver sobre este tema pero enfocándolo en la perspectiva de las atribuciones del juzgador cuando se ha planteado la demanda de lesividad, para lo cual seguiremos la línea de reflexiones expuestas hasta este momento¹⁷⁵.

Señalamos que cuando los actos favorables al administrado fueren anulables, la Administración los podrá declarar lesivos para el interés público (ERJAFE Art. 168), pero en ningún caso, a diferencia de lo previsto en el Art. 373 inc. 4 del COOTAD, esta norma de procedimiento le atribuye a la Administración Central la facultad de dictaminar la suspensión de los efectos del acto declarado lesivo. En consecuencia, solamente a los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo corresponde la potestad de ordenar la suspensión de los efectos del acto pretendidamente lesivo.

En razón de que el Derecho Público no admite crear potestades por aplicación analógica de las normas de derecho, ni autoriza interpretaciones extensivas de las reglas de procedimiento administrativo, se debe insistir que la disposición del Art. 189 del ERJAFE, que permite a los órganos administrativos dictaminar de oficio la suspensión de los efectos de los actos administrativos, no se refiere a los procedimientos

¹⁷⁵ *Vid.* capítulo 3.5.2.2.2 de este libro.

de lesividad de dichos actos sino a los casos en que un particular plantea un recurso administrativo.

Esta conclusión no se aplica a las declaratorias de lesividad de los gobiernos autónomos descentralizados al amparo de las normas del COOTAD, pues, según el Art. 373 inc. 4o de dicho Código Orgánico, tales autoridades tienen atribuciones para disponer la suspensión de los efectos del acto administrativo respecto del cual hubiere iniciado un procedimiento de lesividad al interés público.

Esta regla del COOTAD confirma la tesis de que solamente una habilitación legal expresa autorizaría a la Administración a suspender los efectos del acto declarado lesivo, y que esa atribución corresponde a la potestad jurisdiccional de los tribunales distritales, en ejercicio de sus atribuciones de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

3.6. Histórica contradicción entre la LJCA (Art. 76) y el ERJAFE (Art. 189) en materia de suspensión de efectos de actos administrativos

Según lo analizado, en el período 1973-2002, varias leyes fueron superando paulatinamente el viejo dogma de la ejecutividad del acto administrativo previsto en el Art. 76 de la hoy derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968 –en adelante LJCA-, al que impusieron límites que lo han relativizado notablemente, al punto que, en determinadas materias, la ejecutividad pasó de ser la regla de general aplicación para convertirse en una excepción.

Las leyes expedidas en el período 2007-2014, que, conforme se ha explicado, retornan al superado dogma de la ejecutividad de los actos, se inscriben en lo que disponía el Art. 76 de la LJCA derogada.

A partir de diciembre de 2002, también el ERJAFE se inscribió en esa primera tendencia del Derecho Público (1973-2002) favorable al derecho de los administrados. En armonía con las corrientes más avanzadas del Derecho Administrativo, ha previsto que, después de suspendidos los efectos del acto en sede administrativa, tal suspensión “se prolongará” después de agotada la vía gubernativa y se extenderá a la sede contenciosa. Los órganos de la Administración Pública Central no podrán ejecutar el acto impugnado hasta el momento en que se expida un pronunciamiento judicial sobre la solicitud (Art. 189, No. 4).

Esta disposición estatutaria referida a los actos que se impugnan en vía judicial, instituyó un principio inverso al de la ejecutividad aunque no con la rotundidad y acierto que desde 1975 trajo el Código Tributario, que previó una suspensión automática: según el ERJAFE, la suspensión de la eficacia de los actos administrativos decidida en sede gubernativa o aceptada por silencio, se mantiene en sede jurisdiccional cuando de esa impugnación ha derivado una demanda sometida a conocimiento del juzgador contencioso. La norma estatutaria examinada (Art. 189 No. 4)¹⁷⁶ contradice la LJCA de 1968 que mantuvo vigente la prohibición de suspender la ejecución o el cumplimiento de un acto administrativo, porque, según la ley, “en ningún caso” el acto impugnado podía dejar de ejecutarse o cumplirse (Art. 76 inc. 1)¹⁷⁷.

Siendo el Art. 76 de la LJCA una norma de rango superior al Art. 189.4 del ERJAFE que está contenido en un Decreto Ejecutivo, parecería que en virtud del principio de jerarquía del Art. 425 de la Constitución, la ejecutividad de los actos de la Ley prevalecería sobre la hipótesis de suspensión del Estatuto. Por ventura, esa antinomia no se podía resolver con razonamiento tan simplista. Para aplicar a cabalidad el principio de jerarquía, se deben integrar en el análisis todas aquellas normas que, en las diversas escalas del ordenamiento jurídico, tienen directa aplicación con la materia de que se trate. Solo satisfaciendo esta exigencia se cumple con otro principio defendido por Kelsen y que sustenta al sistema jurídico ecuatoriano: el principio de unidad del ordenamiento jurídico en virtud del cual la norma de grado superior fundamenta a la de grado inferior y, todas las normas superiores e inferiores, deben aplicarse e interpretarse unas por otras de manera tal que mantengan unidad, correspondencia y armonía.

En el Ecuador, las normas relativas a la suspensión de los efectos de un acto impugnado en vía judicial son el Art. 75 de la Constitución de la República que consagra

176 Libro II del ERJAFE, Art. 189 fue introducido por el Decreto Ejecutivo 3389, publicado en el R. O. 733, 27-12-2002, que básicamente copia la Ley de Régimen Administrativo española. Los tres primeros numerales este artículo se refieren a la suspensión de los efectos del acto por decisión de órgano competente o por silencio administrativo, cuando interpuesto el recurso administrativo y solicitada esa suspensión no hubiere respuesta dentro del término de quince días. El numeral 4 señala: “La suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa, y los efectos de esta se extenderán a la vía contencioso-administrativa. Si el interesado interpusiera acción contencioso administrativa, la administración se abstendrá de ejecutar el acto impugnado hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud. Para lo cual una vez interpuesta la acción contencioso administrativa, el órgano de la Administración Central se abstendrá de ejecutar el acto sobre el cual dispuso su suspensión hasta la finalización de la vía judicial”.

177 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “Art. 76, inc. 1.-S alvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo [...]”. Se debe aclarar que aunque esta ley fue formalmente derogada en mayo de 2015 con la expedición del COGEP, seguirá rigiendo para las demandas que se presenten hasta el 22 de mayo de 2016, y miles de procesos que actualmente se tramitan en los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo deberán aplicar las normas de la LJCA.

entre los denominados derechos de protección a la tutela judicial efectiva y expedita de los derechos y que en ningún caso una persona quedará en indefensión¹⁷⁸; el Art. 76 No. 7 que consagra entre las garantías del debido proceso, el que nadie pueda ser privado del derecho de defensa en ninguna etapa del procedimiento (literal a), y el de ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones (literal c)¹⁷⁹; los Arts. 8.1 y 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁸⁰ que se refieren al derecho a ser oído con las debidas garantías y a un recurso judicial efectivo que ampare a las personas contra actos que violen sus derechos fundamentales y que se garantice el cumplimiento de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso judicial¹⁸¹; el Art. 76 de la LJCA, que imponía la ejecución y el cumplimiento de los actos administrativos aunque estuvieren siendo impugnados en vía judicial; y el Art. 189 No. 4 del ERJAFE que, por estar contenido en un Decreto Ejecutivo tiene menor jerarquía que la ley: dispuesta la suspensión de los efectos del acto en vía administrativa, esta se prolongará hasta la sede contenciosa y la Administración no podrá ejecutar el acto impugnado.

La antinomia que durante muchos años se dio entre la LJCA y el ERJAFE se resolvía, obviamente, con la aplicación de la norma jerárquicamente superior. Prevalece el mandato constitucional y los preceptos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que imponen a todos los órganos de la función judicial, incluidos los del orden contencioso administrativo, hacer efectiva y expedita la tutela de los derechos e intereses de los justiciables, precautelar el derecho a la defensa en toda etapa o grado del procedimiento, el derecho de los administrados de ser escuchado en el momento oportuno, en igualdad de condiciones, que el recurso judicial

178 Constitución de la República (R. O. 449, 20-X-2008): “Art. 75.- Toda persona tiene derecho 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. El cumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley”.

179 Constitución de la República: “Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento;...c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones”.

180 La Convención Americana de los Derechos Humanos fue ratificada por la República del Ecuador el 27 de diciembre de 1977 y publicada en el R. O. 801 de 6-VIII-1984. De conformidad con el Art. 163 de la Constitución Política de 1979, reformada en 1998 los tratados internacionales promulgados en el Registro Oficial entraron a formar parte del ordenamiento jurídico de la República y con prevalencia sobre otras normas de menor jerarquía. Aunque la Constitución de 2008 no tiene una disposición tan categórica, el Art. 425 señala en el orden jerárquico de aplicación de normas a los tratados y convenios internacionales por sobre las leyes internas.

181 La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha confirmado el alcance del Art. 8.1 de la Convención. En el marco de sus atribuciones consultivas, ha señalado que “el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-18/03 acápite resolutive No. 7.

para la defensa de los derechos de las personas sea efectivo, que se garantice el cumplimiento “de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso” judicial, de manera que planteada la impugnación de un acto ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo o de lo Contencioso Tributario, derivan para estos al menos dos consecuencias jurídicas: (i) que la suspensión que habría sido dispuesta expresa o tácitamente en sede administrativa se mantenga en sede jurisdiccional; y que, (ii) aun cuando nada se hubiere dispuesto en sede administrativa, el juez conserva atribuciones jurisdiccionales plenas para suspender el acto cuya presunción de legalidad ha sido objetada y sometida a conocimiento de esos Tribunales Distritales, hasta que se produzca un pronunciamiento definitivo.

De ahí que la norma del Art. 324 del COPG que para el ámbito contencioso tributario exige rendir una caución del 10% del valor discutido en juicio como un requisito condicional para ordenar la suspensión del acto administrativo tributario, viola el derecho a la tutela judicial efectiva, crea un régimen de desigualdad entre los accionantes con capacidad económica para rendir la caución y los que carecen de ella, y comporta una regresión del derecho de acceder a la justicia, de obtener una tutela efectiva de derechos que ya venía observada en el Código Tributario desde 1975. Este retroceso que el COGEP instituye en el contencioso tributario viola el Art. 11 No. 8 de la Constitución que manda que el contenido de los derechos deberá desarrollarse “de manera progresiva a través de las normas” y que “será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos”, más aún cuando estos ya venían reconocidos desde 1975.

En la línea de la tutela judicial consagrada constitucionalmente y de las garantías jurisdiccionales establecidas en los Arts. 8.1 y 25.1 y 25.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces que integran los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo tienen atribuciones jurisdiccionales plenas para ordenar de oficio o a petición de parte, no solamente la suspensión de los efectos del acto administrativo, sino cualquier otra clase medida que cautelarmente asegure el derecho de defensa del particular, la efectividad del recurso judicial, las garantías del debido proceso, la igualdad procesal y la tutela judicial efectiva.

Frente a estas potestades jurisdiccionales que corresponden a los jueces contencioso administrativos, no son admisibles los argumentos que privilegian las prerrogativas de autotutela de la Administración Pública pues estos quedan subordinados a los principios sobre los cuales se ha estructurado el sistema procesal ecuatoriano y a

los derechos constitucionales de igualdad y la tutela efectiva de derechos, tal como mandan los Arts.11 No. 2, 75 y 76 No. 7 literales a) y c) de la Constitución.

Adicionalmente, la técnica formal de la ejecutividad que se erigió históricamente a finales del siglo XIX por el Consejo de Estado Francés, para asegurar el funcionamiento de la administración pública, no puede mantenerse hoy en día, atropellando el derecho humano de defensa de un administrado, el derecho humano de comparecer en igualdad de condiciones con la administración dentro del proceso contencioso administrativo —derechos humanos que desde la Carta de 1979 han tenido amplia recepción en el texto constitucional—, dado que un deber primordial del Estado, de los órganos administrativos e instituciones públicas en general, es garantizar, sin discriminación alguna, el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución (Art. 3 numeral 1). Por tanto, si la finalidad del Derecho Administrativo y la razón de ser del Estado es precautelar ese derecho y la libertad del ciudadano, no puede mantenerse la desigualdad procesal ni los privilegios de autotutela de la Administración Pública, cuando la legalidad de sus actuaciones están siendo impugnadas ante un juez contencioso administrativo.

En otras palabras, el debido proceso impone que las prerrogativas de las administraciones públicas se apliquen exclusivamente en *sede administrativa*, pero no autoriza a que sean trasladadas a la *sede contenciosa*, puesto que, bajo la autoridad de los jueces distritales, las administraciones públicas y los administrados deberán comparecer en igualdad de condiciones.

Si la tutela judicial ha sido establecida para hacer efectivo el derecho de los administrados de acudir al órgano jurisdiccional y contradecir la presunción de legitimidad de un acto administrativo, y si una de las garantías del debido proceso es el de ejercer de manera expedita el derecho de defensa y de concurrir en un proceso en igualdad de condiciones, resulta inobjetable que mientras no haya pronunciamiento judicial definitivo sobre su legalidad, ese acto discutido en juicio no pueda ni deba ejecutarse por una de las partes procesales, es decir por el órgano de la administración pública, parte procesal subordinada a la decisión del juzgador contencioso y que en el trámite del juicio debe concurrir en igualdad de condiciones con la contraparte procesal que es el administrado. Por otro lado, si se aceptara la constitucionalidad del Art. 76 de la LJCA, del Art. 324 del COGEP y se resignare a la potestad de la Administración ejecutar el acto ya sometido a la decisión de un Tribunal, se estaría negando al juez contencioso la función esencialmente jurisdiccional que les corresponde y que están llamados a cumplir: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

De lo anterior se colige que el Art. 189 No. 4 del ERJAFE, la norma de rango inferior que impide a la Administración Pública Central ejecutar los actos impugnados en sede jurisdiccional —cuando ya se ha dispuesto expresa o tácitamente su suspensión en sede administrativa—, es concordante con el Art. 75 de la Constitución de la República, la norma de mayor jerarquía que consagra la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, con el Art. 76 No. 7 que fija entre las garantías del debido proceso el derecho de defensa en todas las etapas o grados de un procedimiento y el de ser escuchado en igualdad de condiciones; y que la aplicación práctica que los Tribunales Distritales hicieron del Art. 76 de la LJCA contravenía la unidad del ordenamiento jurídico ecuatoriano y el principio de jerarquía, porque ese precepto restrictivo que desequilibraba la relación jurídico administrativa, consagraba prerrogativas exorbitantes a favor de la Administración Pública cuya aplicación convertía a la tutela judicial en un derecho constitucional plasmado en el papel.

Con relación al texto del Art. 189.4 del ERJAFE, es necesario hacer dos precisiones jurídicas: la primera que contempla solamente la suspensión de los efectos de los actos administrativos; sin embargo, es de subrayar que esa medida no es sino una especie de un género más amplio de cautelas que el juzgador contencioso podría adoptar con relación a las actuaciones administrativas, para que la tutela que está llamado a precautelar sea efectiva; la segunda, aunque dicho precepto sea más favorable a los administrados porque pone coto a la ejecutividad del acto administrativo, su previsión también resulta insuficiente bajo el derecho constitucional. Tener presente que la norma prevé la suspensión de efectos del acto administrativo en sede administrativa, y cuando el administrado impugne el acto en sede jurisdiccional, esa disposición suspensiva ya fuere expresa o ya fuere tácita, se extiende a la sede contenciosa.

Conforme se ha analizado y fundamentado en este estudio, la tutela judicial efectiva, el principio de igualdad procesal y el derecho de defensa del administrado exigiría que toda demanda contencioso administrativa conlleve la automática suspensión de los efectos del acto administrativo cuya legalidad se discute, tal como ha sido estructurado el contencioso tributario desde 1975 (hasta 2015 en que el nuevo COGEP desconoce la tutela judicial) y en una materia sustancial para la vida del Estado como es la percepción de tributos.

4. DE LOS PROBLEMAS QUE SURGEN DE LA DOGMÁTICA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE EJECUTIVIDAD DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Si deberíamos encontrar una frase o expresión que mejor describa la realidad del juicio contencioso administrativo en Ecuador, esta sería la de “justicia que tarda”, pues aunque los plazos previstos en la LJCA —que rigió hasta mayo de 2016— referían un proceso sumario de no más de 42 días término (Arts. 34, 38 y 41), la práctica revela que en algunos tribunales distritales el promedio de duración de un proceso es de dos años, en el mejor de los casos.

En los tribunales distritales de Quito y Guayaquil, que reciben el mayor número de causas, el promedio “normal” de duración es aún mayor, porque el trámite de los juicios podría tomar entre tres y cinco años¹⁸². A ese período inaceptablemente dilatado habría que sumar el tiempo de duración del recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que según he podido constatar podría comprometer no menos de veinte y cuatro meses adicionales, sin embargo de que la Ley de Casación prevé un término de noventa días para su tramitación y un día más por cada cien fojas (Art. 17), hecho que se torna alarmante para los ciudadanos y administrados que obtuvieren un fallo favorable, pues la interposición de este recurso por parte de las entidades de derecho público suspenderá automáticamente el cumplimiento de esas sentencias, sin que tales entidades vengán obligadas a rendir caución, como si lo están los sujetos de derecho privado.

En tales condiciones de “anormalidad” jurídica, es decir, de divorcio entre la norma positiva y la realidad de su aplicación, en un sinnúmero de casos podrían resultar

¹⁸² Sobre el retardo en la tramitación de causas contencioso administrativas, ver el análisis que consta en este libro, acápite 2.3.2.

exactas las afirmaciones de que, en materia administrativa, no se imparte justicia, y de que, si alguna llegare a reconocerse después de un dilatado proceso escrito —que podría oscilar entre tres y cinco años—, la norma que previó que la interposición del recurso contencioso no suspende la ejecución del acto administrativo (Art. 76) y su mecánica aceptación por parte del juzgador, o la del nuevo COGEP que prevé una suspensión excepcional (Art. 330), deviene en ilusorio el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva y en inoportuna, cuando no ficticia, cualquier declaración del derecho que pudiere hacer un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

El paso del tiempo en una controversia administrativa opera fatalmente en contra de los administrados accionantes, porque para la fecha en que hubiera sido notificado con la sentencia favorable a su pretensión y de que esta alcanzara firmeza, el acto administrativo que lesionó su derecho ya habría desplegado todos sus efectos y en más de una ocasión el daño se habría convertido en irreparable, generándose responsabilidades civiles no solamente para el órgano administrativo que ejecutó el acto sino para el juzgador que retardó indebidamente el reconocimiento del derecho.

La duración del juicio contencioso administrativo ha revelado aún más la obsolescencia no tanto del proceso escrito cuanto del sistema revisor de actos que contempla nuestra LJCA de 1968 y que el COGEP no alcanza a corregir. En la realidad del contencioso ecuatoriano, el tiempo que transcurre desde la presentación de la demanda hasta la obtención de una sentencia definitiva viene provocando repetidas injusticias, porque, cuando el acto impugnado, se ha ejecutado, el paso del tiempo determina, en un sinnúmero de casos, que el accionante pierda interés en la decisión que llegare a dictar el Tribunal Distrital.

Como se ha insistido a lo largo de esta investigación, la reforma que introdujo el Art. 324 del COGEP que exige una caución para suspender el acto administrativo tributario presenta un cuadro más alarmante porque desconoce la progresividad de la protección del derecho humano de defensa de los contribuyentes, al haber retrocedido más de cuarenta años y colocarlos en una situación anterior a 1975, año en que se promulgó el Código Tributario, más expedito y avanzado en la protección de los derechos fundamentales de los contribuyentes tributarios.

4.1. Falta de aplicación de un régimen de medidas cautelares

Las medidas cautelares son actos procesales que un órgano judicial dicta con carácter provisional o transitorio, antes del inicio de un proceso que se mira como principal o durante la tramitación de este, con el propósito de conservar las circunstancias jurídicas o fácticas relativas al pronunciamiento definitivo; o de asegurar el cumplimiento de la decisión final que el juez llegare a adoptar; y, en ambos casos, para hacer efectivo el derecho constitucional a una tutela judicial de los derechos e intereses del solicitante.

El Art. 76 de la LJCA que impuso la ejecución de los actos administrativos aún cuando estén siendo impugnados en sede jurisdiccional, confirmó el vigor del principio de ejecutividad como una regla de general aplicación en la legislación ecuatoriana; aunque con una norma ciertamente más favorable, el Art. 330 del COGEP expedido en mayo de 2015, tampoco se apartó significativamente del dogma de la ejecutividad, tal como se ha analizado en los capítulos precedentes¹⁸³.

Tanto para la hoy derogada LJCA como para el nuevo COGEP que rige desde el 22 de mayo de 2016, las declaraciones de voluntad de la administración deben cumplirse inmediatamente aun cuando su legalidad esté sometida a la resolución del juzgador contencioso. Como se ha analizado, estas normas que contradicen el principio de la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución de la República (Art. 75) y son rezagos inadmisibles en un Estado de Derecho porque relegan la autoridad del juez de derecho y la del ejercicio jurisdiccional a un segundo plano con relación a los privilegios de los órganos administrativos, conservando indebidamente las prerrogativas de las Administraciones Públicas que se podrían justificar en sede administrativa, pero que no se justifican ni se trasladan a la sede jurisdiccional, cuando hay una controversia ya sometida a la decisión del juez.

Como primer elemento de análisis, es de subrayar que, en la vieja Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que rigió hasta mayo de 2016, se contemplaron dos normas que aparentemente han creado excepciones a este principio de ejecutividad: el Art. 75; y el inciso segundo del Art. 76, que han sido ampliamente analizados en otros acápite de este libro.

183 Ver Capítulo 2.2.1. de esta obra que analiza el dogma de la ejecutividad de los actos.

4.1.1. El Art. 75 de la derogada LJCA una excepción a la ejecutividad

El Art. 75 previó una cautela suspensiva de los actos administrativos si se cumplían tres condiciones: (i) que lo solicite el demandante a la respectiva Sala del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo; (ii) que el procedimiento iniciado para el cobro coactivo se refiera a una obligación económica a favor de la Administración; (iii) y que se afiance el interés económico de la entidad de derecho público. Conforme ha quedado establecido en el presente análisis, el afianzamiento que previó la norma del Art. 75 violaba la garantía de la tutela judicial. Su previsión lamentablemente no atribuyó al juez potestad alguna para exigir tal afianzamiento según las circunstancias de cada caso, como hubiese sido deseable mientras rigió la norma inconstitucional. El sentido de esa disposición fue el de un afianzamiento del interés económico del Estado, en todos los casos, con lo cual, en un sinnúmero de situaciones, su aplicación infringía el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

Si los argumentos que tuviere el accionante para impedir esa ejecución prestan mérito para lo que la doctrina procesal identifica como apariencia de buen derecho, no se justificaba la exigencia de un afianzamiento económico mientras estaba pendiente la resolución sobre la legalidad de la pretensión económica de la Administración.

Además, la exigencia de afianzar la obligación en un proceso tan dilatado como el contencioso administrativo, puede provocar daños irreparables al administrado. Al respecto, el Art. 330 del COGEP que prevé la suspensión de los efectos del acto administrativo supone un avance porque no exige tal afianzamiento ni que se rinda una contracautela, sino la apariencia de buen derecho solamente.

Poca o ninguna trascendencia práctica tendría la acción contencioso administrativa, si, al plantear la demanda contenciosa, de todas maneras hay mengua o detrimento del patrimonio del accionante, en un valor equivalente a la totalidad del que pretende la administración demandada, con la carga adicional de unos intereses que deberán calcularse por todo el tiempo que demora el juicio contencioso, demora que generalmente ocurre por retardo en la administración de justicia. Bajo estas consideraciones, la excepción al principio de ejecutividad que pretende ser el Art. 75 deja de ser tal, pues las exigencias de afianzamiento de la obligación para todos los casos tornaba inútil la cautela suspensiva.

4.1.2. El Art. 76 de la derogada LJCA fue una segunda excepción a la ejecutividad

El Art. 76 inciso segundo de la derogada LJCA previó que los servidores del Estado que hubieren rendido caución para el ejercicio de su cargo, y que hubieren interpuesto el recurso contencioso administrativo en contra de resoluciones de la Contraloría General del Estado en el juzgamiento de cuentas, se beneficiarán de la suspensión del acto que impugnaron (Art. 76 inc. 2).

Esta norma limita la ejecutividad de los actos administrativos de la Contraloría del Estado para hacer efectivo el derecho a la defensa de los servidores públicos que accionan en vía contenciosa para enervar el juzgamiento de cuentas públicas hasta que se dicte sentencia. Sin embargo, debe considerarse que esta norma introducida por la reforma de septiembre de 1973 (R. O. 392, 17-09-1973), consagró una injustificada desigualdad entre los administrados, porque su previsión de suspender la eficacia del acto ampara exclusivamente a los funcionarios del Estado y, dentro de estos, a los que hubieren rendido caución para el desempeño de su cargos.

En el ámbito de lo contencioso tributario, el Art. 324 del COGEP prevé que solamente los contribuyentes que rindan una caución del 10% de la cuantía del proceso podrán alcanzar el beneficio de una tutela suspensiva que impida la ejecución del acto de determinación tributaria. En otras palabras, la tutela judicial que impone el Art. 75 de la Constitución se aplicaría solamente a favor de los contribuyentes con capacidad económica para rendir esa caución.

La suspensión que prevén las normas comentadas debió extenderse a favor de todos los accionantes que acuden a la vía jurisdiccional para plantear sus pretensiones, independientemente de que sean o no servidores públicos — Art. 76 LJCA—, o de que rindan o no una caución — Art. 324 COGEP—. El fundamento de esta opinión la encuentro en varios tratados internacionales suscritos por el Ecuador y en la tradición constitucional de nuestro país.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (Art. 10), la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 24), la Constitución en vigencia (Art. 11 No. 2) y todas las Constituciones que se han expedido durante la vida republicana del Ecuador, sin excepción, han consagrado la igualdad de los ciudadanos ante la ley: *toda persona sin discrimen de ninguna naturaleza, tiene derecho a una igual protección de la ley.*

El Art. 76 inciso segundo de la LJCA y el Art. 324 del COGEP protegen desigualmente a los administrados y crean privilegios a favor de algunos de ellos: ciertos funcionarios públicos que rindían caución para el ejercicio de su cargo —LJCA—, o los contribuyentes que rinden caución cuando presentan su demanda —COGEP—. Por tanto, son normas que contradicen la Constitución de la República y los tratados internacionales de protección de derechos humanos suscritos por el Ecuador.

Corresponderá a los jueces distritales extender la aplicación de sus efectos a todos los administrados que accionan a través de la vía contenciosa y solicitan la suspensión de los efectos de un acto administrativo, evitar una aplicación restrictiva a favor de un segmento de funcionarios públicos o de contribuyentes que pueden rendir caución, beneficiarios exclusivos de normas que siguen propiciando la desigualdad.

De los Arts. 75 y 76 comentados, se infiere que la derogada LJCA no previó un régimen de medidas cautelares y por ello, durante más de cuarenta años, el juzgador contencioso se vio impedido de contar con herramientas idóneas para asegurar la prueba o la decisión final en un determinado caso; y con las reformas introducidas por el COGEP se limita el régimen cautelar al ámbito estricto de la suspensión del acto.

En mi opinión no es necesaria la reforma de la LJCA ni al nuevo COGEP para que los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo o Contencioso Tributario adopten medidas cautelares en los casos concretos que resuelven, pues la aplicación del principio de tutela judicial efectiva que consagra nuestra Carta Constitucional (Art. 75) o el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos imponen la adopción de tales medidas independientemente de las previsiones legales¹⁸⁴. Más aun, la antinomia entre normas de distinta jerarquía impone a los jueces resolver la situación concreta mediante la aplicación de la norma jerárquica superior (Art. 425), dado que todos los jueces vienen obligados a aplicar “directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos”¹⁸⁵.

184 La supremacía de las normas constitucionales, la exigencia imperativa de que los jueces hagan efectivo el principio de jerarquía normativa en las causas que resuelven y la aplicabilidad directa de las normas constitucionales y tratados internacionales de protección de derechos humanos, no ha sido una novedad que hubiere introducido la Constitución de 2008. Diez años antes, varias normas de la Constitución Política de 1979, que se reformó en 1998, ya habían formulado estos principios bajo las previsiones más avanzadas de la doctrina constitucional. Ver al respecto los Arts. 18, 272 y 273 de la Constitución anterior.

185 La Constitución en vigencia (R. O. 449, 20-10-2008) señala lo siguiente: “**Art. 426.-** Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución. Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las

Con relación al Art. 324 del COGEP que exige a los contribuyentes rendir caución para obtener una tutela suspensiva del acto de determinación tributaria —que impone obligaciones de dar—, los jueces distritales podrían elevar en consulta a la Corte Constitucional, la constitucionalidad de la restricción que trae el nuevo Código que desampara a los contribuyentes sin capacidad económica para rendir la caución. Esta consulta seguiría el procedimiento previsto en el Art. 428 de la Constitución.

Así como la Sala de lo Administrativo de la exCorte Suprema de Justicia a través de una acertada jurisprudencia dejó sin efecto el literal a) del Art. 6 de la LJCA en lo relacionado con el control de la discrecionalidad, en razón de que su previsión era manifiestamente contraria al principio constitucional de impugnabilidad general de los actos administrativos, las decisiones de los jueces distritales o los pronunciamientos de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia también podrían evolucionar hacia la adopción de un régimen de medidas cautelares sobre la base de un sólido fundamento jurídico constitucional, en este caso, de los Arts. 3 No.1, 75, 425 y 426 de la Constitución y de los Arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Debo insistir en que el Derecho Administrativo es un producto jurisprudencial que emergió a partir de un conjunto de decisiones del Consejo de Estado Francés, que se ha alimentado de las reflexiones de los tribunales Contencioso Administrativos alemanes, y que los aportes más significativos a su evolución han sido resultado de las reflexiones de acreditados tribunales de justicia en España y América. Si el legislador no ha aportado con suficiencia para sistematizar las instituciones del Derecho Administrativo ecuatoriano como la demuestra el COGEP de reciente expedición, es de esperar que sea la jurisprudencia la que asuma este desafío que viene reclamando nuestro Estado de Derecho desde hace varias décadas.

En opinión de varios abogados en libre ejercicio profesional y de quien escribe estas líneas, aún quedan jueces en Quito, Cuenca, Portoviejo, Guayaquil y Loja que tienen preparación suficiente, que comprenden a cabalidad estos temas que ventila la doctrina más avanzada del Derecho Administrativo y que estarían en condiciones de hacer del contencioso administrativo y tributario una jurisdicción tutelar, que controle eficazmente la legalidad administrativa.

partes no las invoquen expresamente. Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derecho humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos”.

4.2. Las insuficiencias de la garantía jurisdiccional denominada “Medidas cautelares”

En el Título III de la Constitución de la República que rige desde 2008, denominado “Garantías constitucionales”, el capítulo tercero que trata de las “Garantías jurisdiccionales” introdujo la figura de las medidas cautelares (Art. 87), que pueden ser planteadas dentro de las acciones constitucionales de protección de derechos —como la acción de protección, acceso a la información, *habeas data*, etc.— o de manera independiente. En uno u otro caso, las medidas cautelares han sido establecidas para evitar o hacer cesar la violación o la simple amenaza de violación de un derecho constitucional.

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (R. O. 52-S, 22-10-2009) confirma el alcance de estas medidas cuando restringe su protección a “los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos” (Art. 26) y declara que no procederán cuando la legislación ya hubiere previsto “medidas cautelares en las vías administrativas u ordinarias”.

De inicio podríamos reconocer que en Ecuador, aún con la vigencia del nuevo Código Orgánico General de Procesos, no se ha previsto un régimen de medidas cautelares para los procesos contencioso administrativos ni contencioso tributarios. La previsión regresiva de la suspensión de efectos de un acto administrativo, que en la materia tributaria exige una caución del 10% de la obligación (Art. 324), o la medida suspensiva del ámbito contencioso administrativo (Art. 330) son disposiciones limitadas porque no comprenden un género más amplio de tutelas cautelares que bien podrían dictarse para el aseguramiento de la decisión final.

En un conflicto de Derecho Administrativo, la parte accionante pone en conocimiento del juzgador una infracción de derechos reconocidos en la ley, normalmente con ciertas implicaciones constitucionales. En este caso, los Tribunales Distritales Contencioso Administrativos son los órganos jurisdiccionales encargados de controlar la legalidad de las actuaciones administrativas, sin perjuicio de que en los hechos controvertidos hubieren infracciones a derechos constitucionales que vicien de nulidad la decisión administrativa.

La conclusión expuesta parte del hecho de que, en todo conflicto jurídico administrativo, quedan involucradas reglas constitucionales como son el deber de motivación, las garantías del debido proceso, la legalidad de las actuaciones administrativas, etc.

Tampoco desconoce que las normas que se apliquen para la solución de ese conflicto deben sujetarse a los preceptos de la Constitución y que el juez contencioso administrativo puede declarar la ilegitimidad de actos administrativos que hubieren infringido tales derechos constitucionales. Por ello cobra sentido el Art. 426 de la Constitución que deja en claro que todos los jueces —sin excluir al juez Contencioso Administrativo— vienen obligados a aplicar directamente las normas constitucionales para resolver la impugnación de un acto administrativo, aún sin invocación de parte interesada.

Por su parte, el control de constitucionalidad corresponde a los jueces de instancia y a la Corte Constitucional y los aspectos controvertidos se referirán nítida e incontrastablemente a una violación constitucional. De ahí que el procedimiento de *medidas cautelares* que trae la Constitución de 2008 y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales ha quedado directamente vinculada a la protección de derechos constitucionales, antes que a la protección de la legalidad.

Por tanto, las medidas cautelares previstas en la Constitución como garantía jurisdiccional tienen el propósito de proteger derechos constitucionales exclusivamente, su aplicación cae dentro del control de constitucionalidad y no del control de legalidad ejercido por los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo.

4.3. Desborde de las acciones de protección

A partir de la Codificación de junio de 1996, que introdujo varias reformas a la Constitución Política de 1979 (R. O. 969, 18-06-1996), por primera vez se estableció en nuestro derecho constitucional la acción de amparo para precautelar los derechos constitucionales y, de modo más amplio, los derechos fundamentales de los ciudadanos. Esta garantía fue consagrada para requerir al juez ordinario la adopción de medidas urgentes, destinadas a hacer cesar o evitar la comisión de actos ilegítimos de autoridad que violaren derechos constitucionales. La reforma constitucional de 1998 retomó esta institución dándole una mejor formulación.

Posteriormente, la Constitución de 2008 sustituyó la acción de amparo por la denominada acción de protección, reformulando algunos de sus elementos. Pese a esas innovaciones, mantiene del amparo ciertas características básicas, porque confirma su carácter de garantía jurisdiccional establecida para proteger derechos constitucionales contra actos u omisiones de autoridad pública no judicial.

Si analizamos lo ocurrido bajo la vigencia de la Constitución de 1979 —reformada

en 1998—, las acciones de amparo constitucional incrementaban año por año por cuanto el contencioso administrativo en ese entonces como hoy se ha venido negando a asumir un papel jurisdiccional pleno, dictando medidas cautelares en los casos en que había mérito procesal para ello. En 2003, el Tribunal Constitucional recibía 771 causas; para 2005, ya fueron 960 y, para 2006, ingresaron 1368 según el cuadro expuesto a continuación:

DEMANDAS DE AMPARO RESUELTAS POR TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Año 2003	Año 2004	Año 2005 (*)	Año 2006
771	960		1368

(*) Durante el año 2005 no funcionó el Tribunal Constitucional.

Bajo la vigencia de la Constitución de 2008, los datos siguen siendo escalofriantes. Según un informe de actividades de la Corte Constitucional, en el período comprendido entre el 6 de noviembre de 2012 y el 30 de septiembre de 2013 ingresaron 7190 casos de los cuales, 2372 correspondían a sentencias expedidas en procesos de garantías jurisdiccionales para selección.

Aunque no se dispone de un dato objetivo de cuántas de las 2372 sentencias remitidas para selección de la Corte Constitucional corresponden a acciones de protección y a medidas cautelares, la conflictividad por actos de autoridad no es baja y hay razones para pensar que incrementa. Estos datos revelan que las cortes provinciales del país estarían resolviendo más de doscientas causas mensuales sobre infracción a derechos de ciudadanos por parte de autoridades públicas.

Entre las razones que han pretendido explicar el número creciente de demandas de protección y de medidas cautelares suelen mencionarse dos: (i) la falta de una adecuada regulación de estas garantías; y (ii) una práctica inescrupulosa de los abogados para convertir cualquier controversia con la Administración, en un evento susceptible de protección constitucional, ya fuera bajo una acción de protección, ya fuera bajo un procedimiento de medidas cautelares. No comparto estas razones porque, al reflexionar sobre este fenómeno y conocer los antecedentes de un sinnúmero de casos en el ejercicio de mi profesión, encuentro causas distintas vinculadas a los rezagos de la vieja Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo que estoy analizando y que su derogatoria mediante el nuevo COGEP no pienso que pueda corregir, al menos no con la suficiencia requerida.

En mi opinión, las causas que más han provocado el desborde de las acciones de protección y de medidas cautelares serían al menos dos: (i) por un lado una generalizada actitud de irrespeto a la ley por parte de ciertos órganos de las administraciones públicas, que ha tendido a extenderse en los últimos años; y por otro, (ii) la inexistencia de una tutela cautelar que reconozca a los administrados el derecho a suspender la ejecutividad de los actos administrativos impugnados en sede judicial, cuando los Tribunales Distritales controlan la legalidad de tales actuaciones. Impugnar en vía contenciosa un acto administrativo mediante un juicio que podría demorar entre tres y cinco años y sin posibilidad de obtener la tutela suspensiva de la ejecución del acto impugnado resulta una estrategia inconveniente frente a la acción de protección o a la de medidas cautelares con tramitación más expedita, en que el juez, en la primera providencia, puede ordenar la suspensión de ese acto administrativo en un proceso sumarísimo que, en la práctica, podría demorar entre cuatro y seis meses.

Esto determina que los abogados que patrocinan una controversia jurídico administrativa se vean obligados a argumentar la violación de derechos constitucionales para alcanzar la tutela suspensiva que ofrecen las medidas cautelares o la acción de protección que, de otra manera no podrían lograrla en el juicio contencioso administrativo.

En mi opinión, el Art. 76 de la derogada LJCA, abiertamente contradictorio con el derecho a la tutela judicial efectiva que consagra el Art. 75 de la Constitución, fue una de las causas más importantes del crecimiento incontenible de las acciones de protección y de las de medidas cautelares que ocupan día por día a los distintos juzgados y cortes provinciales del país. Esta práctica, en mi opinión, no es la que distorsiona la institución de la protección constitucional como tal, dado que en toda relación jurídico administrativa van involucrados derechos constitucionales. La distorsión viene de la negativa de ciertos jueces distritales de hacer ejercicio jurisdiccional pleno, de dictar medidas cautelares tornando al contencioso administrativo en un recurso judicial inútil y nada efectivo.

4.4. Criminalización de la relación jurídico administrativa

Toda controversia que surja de una relación jurídico administrativa se desenvuelve en un contexto doblemente desventajoso para los particulares que enfrentan a la Administración. Ese contexto viene determinado, en primer lugar, por el sistema de prerrogativas de que se halla investida la autoridad y, en segundo lugar, por la demora de la tramitación de un juicio contencioso administrativo cuya práctica se resiste a adoptar medidas cautelares que aseguren la decisión final del juzgador.

Esta situación ha estimulado en nuestro sistema la búsqueda de otras estrategias más efectivas que el juicio contencioso administrativo. En un sinnúmero de casos, los administrados prefieren sustraerse de la discusión de derecho administrativo involucrada en el fondo de su controversia, y optar por presentar denuncias en la Secretaría de Transparencia de Gestión (antes Comisión de Control Cívico de la Corrupción), en el Consejo de Participación Ciudadana o en la Fiscalía General del Estado para presionar a un determinado funcionario la adopción de una decisión administrativa bajo amenaza del escándalo mediático o del inicio de una indagación previa en el orden penal.

El número total de denuncias presentadas en la Comisión de Control Cívico de la Corrupción durante el período 2000-2006 fue de 4533. De estas, aproximadamente el 65% no fueron admitidas a trámite luego de que la unidad de calificación evaluó su contenido¹⁸⁶. De las denuncias inadmitidas, solamente el 42% fueron remitidas a otras entidades con competencia para conocerlas, mientras que el 58% fueron archivadas.

Las relaciones de derecho administrativo que, en el período 2000-2006, fueron materia de tales denuncias se refirieron a los temas siguientes: el 13% al régimen seccional, 7% al sector energético, el 7% al sector educativo, el 5% al sector aduanero, el 4% a la salud, 2% a la Seguridad Social, 2% a órganos de control, entre otros.

A partir del año 2007 a 2013, en que funcionaron la Secretaría Anticorrupción y la Secretaría de Transparencia de Gestión, la información sobre denuncias de corrupción no es clara ni detallada. En una investigación de diario *El Universo* publicada el domingo 9 de junio de 2013, no se pudo establecer cuántas denuncias recibió y procesó la Secretaría de Transparencia¹⁸⁷ desde el año 2008 al año 2013. Según ese dato de prensa, de las denuncias recibidas durante el año 2011 (tal vez 312) solamente 17 habrían alcanzado un informe concluyente y tres se habrían remitido para conocimiento de la administración de justicia¹⁸⁸. Más de 60 habrían sido archivadas. Aunque estas cifras con seguridad podrían ser consecuencia del incremento de prác-

186 *Informe de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción al cumplirse diez años de creación*. Quito, 2007.

187 La Secretaría Nacional de Transparencia de Gestión fue creada mediante Decreto Ejecutivo No. 1511 (R. O. 498-III-S, 31-12-2008). Posteriormente, el Decreto Ejecutivo 1522 (R. O. 13-S, 12-06-2013) convirtió esa Secretaría en Subsecretaría de la Secretaría Nacional de la Administración Pública.

188 Estos datos están basados en un informe del señor Edwin Jarrín que ostentó el cargo de secretario de la Secretaría de Transparencia de Gestión. El informe precisa que, de las 1412 denuncias de corrupción, 442 fueron identificados de competencia de esa Secretaría y 970 de otras entidades públicas, por tanto no fueron tramitadas por la Secretaría que las recibió.

ticas de corrupción¹⁸⁹, también reflejan la angustia de muchos administrados que buscan por este medio un mecanismo de presión sobre el órgano administrativo que decide, hecho que podría explicar cómo en los últimos trece años se han creado tantos entes públicos relacionados con este tema. Ni la Constitución de 2008 escapó a esta curiosa tendencia al establecer un nuevo poder del Estado denominado “Función de Transparencia y Control Social” y que en estos organismos haya sido tan alta la tasa de denuncias archivadas y mínimo el porcentaje de casos que merecieron informe o que llegaron a la Administración de Justicia.

En la Fiscalía de Pichincha, se han registrado un sinnúmero denuncias en contra de funcionarios públicos. Aunque algunas denuncias podrían tener suficiente fundamento para la iniciación del correspondiente enjuiciamiento penal, muchas otras están motivadas en la inexistencia de arbitrios procesales efectivos que obliguen a la administración al pleno sometimiento al principio de legalidad en los casos concretos, y en la ausencia de medidas cautelares en el trámite del juicio contencioso administrativo.

Un sinnúmero de denuncias de corrupción recibidas por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social y la Subsecretaría de Transparencia de Gestión, y muchas denuncias de carácter penal que se tramitan en la Fiscalías Provinciales tienen origen en la indebida utilización de la jurisdicción penal, a despecho del dilatado proceso contencioso administrativo, sin que esta apreciación desconozca la expansión de la corrupción como uno de los fenómenos más preocupantes de los últimos años.

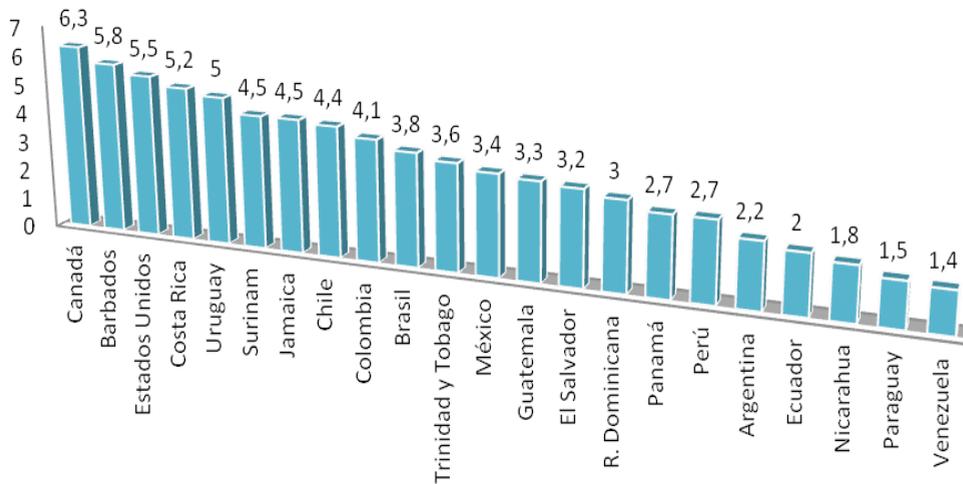
Finalmente es necesario subrayar que la ausencia de un eficaz sistema de control de legalidad, la falta de independencia de los jueces contencioso administrativos y de pérdida de la credibilidad en la administración de justicia son los factores que más han estimulado las prácticas de corrupción en el Ecuador en los últimos años.

189 El control de la corrupción en el Ecuador registra una deplorable inestabilidad institucional al haber pasado de la Comisión de Control Cívico de la Corrupción (Constitución 1998, Arts. 220 a 221), creada constitucionalmente con personalidad jurídica, autonomía económica y administrativa y sustituida por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social que tiene como atribución “investigar denuncias sobre actos u omisiones que afecten la participación ciudadana o generen corrupción”. Sin embargo, también se creó una Secretaría Nacional Anticorrupción adscrita a la Presidencia de la República (R. O. 31, 01-03-2007) y después la Secretaría de Transparencia de la Gestión, también adscrita a la Presidencia de la República (Decreto Ejecutivo No. 1511, R. O. 498-III-S, 31-12-2008). Luego de cinco años de existencia ha sido convertida en una Subsecretaría de la Secretaría General de la Administración Pública (Decreto Ejecutivo 1522 R. O. 13-S, 12-06-2013). No encuentro ninguna justificación jurídica o técnica para explicar este desorden institucional para enfrentar un tema tan grave como la corrupción.

4.5. Desconfianza en el sistema judicial

La demora en la tramitación del juicio contencioso administrativo ha ido generando desconfianza en los administrados respecto del sistema de administración de justicia, principalmente en los contratistas del Estado o en los concesionarios de servicios públicos. El Centro de Estudios de Justicia de las Américas con sede en Santiago de Chile, en su “Reporte sobre el estado de la justicia de las Américas” (2008-2009)¹⁹⁰, presenta los indicadores sobre independencia judicial de 22 países del continente, con el siguiente resultado que transcribo a continuación:

**INDICADOR DE INDEPENDENCIA JUDICIAL
2008-2009**



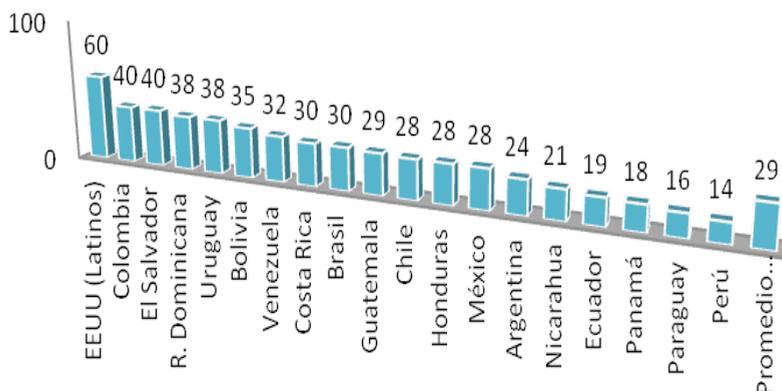
■ Fuente: Centro de Estudios de Justicia de las Américas

Los cinco primeros países con mejor desempeño en independencia judicial son Canadá, Barbados, Estados Unidos, Costa Rica y Uruguay, todos ellos con puntajes superiores a 5 sobre 7. Existe un segundo grupo de países en los que tampoco aparece el Ecuador: Surinam, Jamaica, Chile, Colombia, Brasil, Trinidad Tobago, México, El Salvador y República Dominicana cuya calificación está en el rango de 4,5 a 3.

¹⁹⁰ Esta información ha sido tomada del portal de internet www.cejaamericas.Org/reportaje/2008-2009/ incluidos los dos cuadros que han quedado transcritos. El Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA) es un organismo internacional, creado en 1999 por las instituciones del Sistema Interamericano. Su sede está en Santiago de Chile y sus miembros son los países que integran la Organización de Estados Americanos.

Los cuatro últimos países en esta medición son Ecuador, Nicaragua, Paraguay y Venezuela cuyos índices de independencia judicial reciben la más baja calificación, de 2 a 1,4 puntos.

ÍNDICE DE CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



■ Fuente: Centro de Estudios de Justicia de las Américas

La media de América Latina con relación a la confianza en la justicia es de 29 puntos sobre 60. Los cinco primeros países cuyos usuarios del sistema expresan mayor confianza en la justicia son Estados Unidos, Colombia, El Salvador, República Dominicana y Uruguay, con calificaciones superiores a 38 puntos. Ecuador permanece entre los cuatro últimos evaluados, por dejade de la media latinoamericana, atrás de países como Bolivia, Guatemala y Honduras, junto a Nicaragua, Panamá y Paraguay¹⁹¹.

Estos análisis parten de varios diagnósticos técnicos sobre los problemas que más afectaron la administración de justicia en general en los años 2008 y 2009; pero existe otro índice más reciente publicado por el Foro Económico Mundial que, para 2011, revela una situación tan desalentadora como la de 2009 y revela una función judicial en un proceso de mayor deterioro. De 142 países evaluados, el Ecuador ocupa el puesto 130, por debajo de Angola, Senegal y Mozambique. En el índice de 2014-2015, nuestro país ni siquiera aparece mencionado entre los 144 Estados evaluados¹⁹².

¹⁹¹Centro de Estudios de Justicia de las Américas, Reportaje de la Justicia.

¹⁹²The Global Competitiveness Report 2014–2015, Word Economic Forum. [http://reports.weforum. Org/glob-](http://reports.weforum.org/glob-)

A partir de estas mediciones que corresponden a las entidades con mayor credibilidad, se puede estimar que la jurisdicción contencioso administrativa no puede escapar de los efectos perniciosos de falta de independencia de los jueces y del menguante índice de confianza que los usuarios del sistema tienen en estos órganos jurisdiccionales. Estas podrían ser las razones por las que diversas entidades de derecho público vuelven más atractivas las condiciones de la contratación administrativa cuando incorporan a las bases del contrato un convenio arbitral, para dar mayor seguridad al inversionista que se obliga con el Estado. Los juicios arbitrales se desenvuelven con mayor agilidad, con juzgadores especializados, sin la presión que menoscaba el trabajo de la Función Judicial del Estado.

El retardo tan característico de la justicia contencioso administrativa no solamente afecta a la confianza en los juzgadores. Afecta y perjudica gravemente al interés del Estado, por igual. Por ejemplo, si una determinada entidad pública es condenada a pagar una indemnización de daños por incumplimiento contractual, el monto reparatorio será menor en un juicio arbitral que toma entre ocho y diez meses de tramitación, frente al que resulte liquidado en un juicio contencioso administrativo que tome entre cinco y siete años, más aun cuando unas curiosas fórmulas de fiscalización que auditores de la Contraloría del Estado practican sobre el trabajo de los abogados de entidades públicas, exigen la interposición indiscriminada de recursos contra decisiones judiciales, sin evaluar con un mínimo de sentido común la procedencia de impugnar decisiones desfavorables cuya ejecución es más conveniente hacerla antes que después.

El retardo en la administración de justicia y principalmente la falta de independencia de los jueces que ha sido notoriamente percibida en los últimos años, ha generado una creciente desconfianza en el sistema de administración de justicia del Ecuador, particularmente en el orden contencioso administrativo, entre otras razones por la menguada potestad jurisdiccional de los tribunales distritales que se resisten a adoptar atribuciones plenas para el juzgamiento de la legalidad y la adopción de medidas cautelares inmediatas sobre las actuaciones administrativas controvertidas en juicio.

4.6. Prácticas violatorias de la ética pública

Si el juicio contencioso tiene una duración que en un sinnúmero de casos oscila entre los tres o los cinco años, y si la decisión final que llegare a ser favorable al adminis-

trado no puede ser asegurada ni cumplida eficazmente por ausencia de un régimen de medidas cautelares, la indefensión del particular viene por partida doble: por la falta de un instrumento procesal idóneo para el reclamo del derecho, y por prácticas extorsivas de la que se valen determinados funcionarios públicos que aprovechan de esta situación para imponer a los particulares exigencias que se apartan de la ley. Con frecuencia, en la contratación pública, los contratistas del Estado preferirán llegar a acuerdos inconfesables con funcionarios de entidades públicas o de empresas del Estado que condicionan un pago legítimo al previo reconocimiento de una “comisión”, prevalidos de que resulta más ventajoso pagar una “comisión” que demandar al Estado en un proceso lento.

Lo que predicamos de la contratación pública también se ha visto reflejado en otros ámbitos de la relación jurídico administrativa, en que situaciones de injusticia vienen propiciadas por el desánimo que provoca la demora de la acción contencioso administrativa y su ineficacia manifiesta al momento de adoptar medidas provisionales cuando existe apariencia de buen derecho. Como se ha señalado reiteradamente en este análisis, el COGEP no estableció un régimen de medidas cautelares en el ámbito de lo contencioso administrativo ni tributario, porque solamente se refiere a la suspensión de los efectos del acto impugnado sin contemplar el amplio espectro de medidas que podrían adoptar los jueces y que, al amparo de la Constitución de la República (Art. 75) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8.1 y 25.1) bien podrían hacerlo aunque la ley nada dijera al respecto.

Es de insistir en la conclusión señalada en el capítulo anterior: que la ausencia de un sistema judicial efectivo en el control de legalidad en controversias jurídico administrativas y la falta de independencia de esta jurisdicción especializada son factores estimulantes de la corrupción en el Ecuador.

5. DEL CARÁCTER REVISOR DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA EN EL ECUADOR

5.1. Consideraciones preliminares

El carácter meramente revisor de la legalidad formal de actos administrativos que mantiene el contencioso en Ecuador, no es el producto de una reflexión jurídica que hubiere concebido este esquema jurisdiccional por así convenir a la relación jurídico administrativa de nuestro país. Al contrario, es la consecuencia de una inercia histórica, del influjo que ejerció el contencioso francés que arribó a nuestro ordenamiento de la mano de la Constitución de Cadiz de 1812 y que se ha mantenido gracias a esas coyunturas que históricamente han privilegiado al Estado frente a la libertad de las personas y que no se compadecen con el carácter tutelar que debió haber adoptado el contencioso administrativo desde 1998 en que la Constitución Política de entonces introdujo por primera vez el principio y el derecho a una tutela judicial efectiva.

En las reflexiones contenidas en este libro, se ha establecido cómo se ha venido fraguando el carácter revisor del contencioso ecuatoriano desde la consolidación de la Revolución Liberal con la reforma a la Constitución de 1897¹⁹³, que atribuyó por primera vez al Consejo de Estado la facultad de conocer de los asuntos contencioso administrativos, y cómo a partir del Consejo de Estado emergió un incipiente sistema de justicia administrativa.

Desde sus inicios, el sistema contencioso administrativo ecuatoriano fue concebido como un instrumento puramente revisor de actos administrativos, encargado de fis-

193 Registro Oficial No. 38 de 21 de octubre de 1905

calizar la legalidad formal de las actuaciones administrativas, que exigía de un acto administrativo previo para que se active la jurisdicción contencioso administrativa.

La práctica procesal a que ha dado lugar esta normativa, ha mantenido al contencioso ecuatoriano bajo la ortodoxia regresiva del juicio objetivo, mero revisor de una legalidad formal, que contradice la función tutelar que le ha venido asignando la Constitución desde 1998 (Art. 24 No. 17), en sintonía con los tratados de protección de derechos humanos que ha suscrito el Ecuador. Estas obligaciones internacionales asumidas por el Estado y los derechos que nacen de la Constitución exigen una profunda revisión del trabajo que vienen desempeñando los Tribunales Distritales. La Constitución de 2008 no hizo sino reproducir la disposición que diez años antes introdujo la Carta Política en 1998 y repetir en su previsión que, bajo la tutela judicial efectiva nadie podrá quedar en indefensión y que el incumplimiento de las sentencias será sancionado de conformidad con la ley (Art. 75).

La reciente expedición del Código Orgánico General de Procesos¹⁹⁴ deja atrás el dogma del contencioso revisor de la legalidad formal de actos previos, y supone un paso positivo hacia la adopción de un contencioso administrativo tutelar como proclama el Art. 300 del nuevo cuerpo normativo.

Si los jueces de los Tribunales Distritales no acogen el carácter tutelar del contencioso administrativo y decidieran mantenerlo en los viejos esquemas revisores de actos previos, no se habrá levantado el obstáculo para acceder a la justicia, ni el contencioso supondría un recurso judicial efectivo porque, en la mayoría de los casos, se seguirá exigiendo de los administrados contar con actos administrativos previos. El objeto litigioso en un sistema de juicio objetivo queda circunscrito o limitado al examen de legalidad de actos o reglamentos, dejando sin posibilidad de juzgamiento controversias que surgen de la relación jurídico administrativa y que no necesariamente se expresan en un acto administrativo, en un reglamento o en un contrato administrativo.

El nuevo Código Orgánico General de Procesos confirma su vocación tutelar conforme se desprende los Arts. 300 y 330. En diciembre de 1993, con la expedición de la Ley de Modernización del Estado¹⁹⁵, se dio un salto que supuso una suerte de abandono del contencioso administrativo revisor de actos hacia un contencioso tutelar de

¹⁹⁴ El Código Orgánico General de Procesos fue expedido en Registro Oficial 506-S de 22 de mayo de 2015

¹⁹⁵ Ley 50, publicada en el R. O. 349 de 31 de diciembre de 1993.

posiciones subjetivas, a través de tres mecanismos que constan el texto del Art. 38 de la señalada ley. El primero, la eliminación del agotamiento de la vía administrativa como requisito de procedibilidad de la demanda contenciosa, una favorable proyección para el derecho constitucional de acceder a la justicia; el segundo, el señalamiento de que ni siquiera se exigirá la interposición de un reclamo para presentar una demanda contenciosa y que si el reclamo fuere presentado, este quedaría sin efecto al momento de la presentación de la demanda; y, el tercero, con la introducción de los hechos administrativos como materia litigiosa y la consecuente ampliación del espectro de actuaciones susceptibles de la acción contenciosa que, a partir de ese momento, no quedaría circunscrita a los actos y reglamentos¹⁹⁶.

Lamentablemente, la jurisprudencia de la extinta Sala de lo Tributario y de la Sala de lo Administrativo de la Corte Suprema de Justicia no sintonizaron apropiadamente con esta innovación legislativa que, desde 1993, se presentaba más favorable al derecho constitucional de los administrados y que se anticipaba a la tutela judicial efectiva consagrada a partir de la reforma y codificación de la Constitución Política en 1998¹⁹⁷.

A partir de 1998, el derecho constitucional confirmó esta saludable tendencia que inició la Ley de Modernización y que por desventura no ha sido asumida por los tribunales distritales ni por las salas especializadas de la Corte Nacional de Justicia.

La Constitución consagró el derecho a una tutela judicial efectiva y dejó atrás, al menos en la teoría, esas limitaciones propias del contencioso revisor proyectándola como una jurisdicción tutelar de las posiciones subjetivas tanto del administrado como de la Administración Pública que contradicen en juicio, independientemente

196 Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada. “**Art. 38.**- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo [...] 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. [...] 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.

197 Respecto de la Sala de lo Administrativo de la exCorte Suprema de Justicia tenemos el caso Flor Arellano y otros c. Ministerio de Salud Pública, en que, después de varios años de controversia, se declaró inadmisibles las demandas bajo el argumento de que un acto de simple administración —que había definido una negativa del derecho de un grupo de reclamantes— no es recurrible en sede contenciosa. Gaceta Judicial S. XVII No.2. En esta línea, la Sala de lo Fiscal de la exCorte Suprema de Justicia ha sostenido un idéntico criterio, refractario de la tutela judicial efectiva: que los actos de simple administración no son susceptibles de impugnación en sede contenciosa, aunque en cada uno de esos procesos haya sido evidente la contradicción y la controversia sostenida por largos años entre contribuyentes y administración tributaria. Estos casos son: Marcos Augusto Bernal c. SRI, publicada en el R. O. 69 de 03-05-2000; y Gustavo Subía Benalcázar c. SRI, publicada en el R. O. 405 de 24-08-2004. Hay otras sentencias que, con error, reiteran en este punto de derecho.

de que haya o no un acto administrativo previo. Ha sido la jurisprudencia la que no ha asimilado aún las consecuencias que esta norma de la Constitución traía al respecto.

El contencioso tutelar que a partir de 1998 impuso la Constitución es compatible con la exoneración del agotamiento de la vía administrativa y la no exigencia de una actuación administrativa previa para plantear la controversia en sede jurisdiccional¹⁹⁸. En este sentido, la Ley de Modernización del Estado de 1993 se anticipó a la reforma constitucional y acertó en eximir a los administrados, no solamente del agotamiento de la vía administrativa, sino de la interposición del reclamo para acudir a la sede contenciosa. En el sentido de la norma legal, ninguna exigencia de un acto previo resulta procedente y, cualquier distinción entre acto administrativo y acto de simple administración pierde interés para el juzgador contencioso administrativo¹⁹⁹.

Pero el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva va más allá de la eliminación de obstáculos formales para acceder a la justicia administrativa. Aunque ese sea uno de los elementos sustanciales del derecho constitucional, su análisis resultará insuficiente si no es enfocada también aquella facultad de los jueces, propia del ejercicio jurisdiccional, de adoptar medidas cautelares para asegurar el cumplimiento de la sentencia.

En los casos en que haya apariencia de buen derecho el juzgador está obligado a impedir que el paso del tiempo opere en contra del administrativo que presenta su demanda. Solamente así el contencioso ecuatoriano cumplirá la tutela efectiva de los derechos e intereses que consagró la Constitución desde 1998 y que la de 2008 reproduce con idéntico texto. Esta es la tendencia que confirman los Arts. 300 y 330 del nuevo Código Orgánico General de Procesos.

Si los jueces no enderezan por la senda de la jurisdicción tutelar que impone la Constitución y el nuevo Código Orgánico General de Procesos, la jurisdicción contenciosa seguirá anquilosada en su versión revisora de la legalidad formal, y la justicia quedará arrinconada por la dogmática aplicación del principio de ejecutividad. Mientras los jueces se resistan a aplicar tutelas cautelares en un proceso contencioso

198 Es de aclarar que situación jurídica distinta es la del administrado que acude a la jurisdicción contencioso administrativa con el propósito de impugnar un acto administrativo concreto, porque lesiona sus derechos subjetivos y es contrario a la ley. Bajo este supuesto, el administrado deberá justificar en juicio la existencia de ese acto administrativo y sustentar cómo la decisión del órgano de que se trate es contraria a derecho.

199 *Vid.* Gabriela PEÑAFIEL SÁNCHEZ. *La impugnabilidad de los actos de simple administración en la legislación ecuatoriana*. Tesis previa a la obtención del título de abogada. Universidad Central del Ecuador, Quito, diciembre de 2012.

administrativo, seguirá desequilibrándose la relación del Estado con los administrados y se mantendrán un sinnúmero de disfuncionalidades en el sistema de derecho público del Ecuador, como hemos anotado en el capítulo anterior.

Por otro lado, la falta de justicia expedita y oportuna continuará propiciando una inveterada práctica de “arreglos” inconfesables que quitan espacios de eficacia al Derecho Administrativo ecuatoriano para concederlos a los agentes de la corrupción que operan dentro y fuera de la Administración Pública.

En este sentido, el nuevo Código Orgánico General de Procesos expedido en mayo de 2015, aunque ratifica la presunción de legitimidad y ejecutividad de los actos (Art. 329), fija una regla categórica sobre la suspensión de los efectos del acto administrativo (Art. 330), y con ello podría facilitar el cambio de rumbo del contencioso administrativo hacia una jurisdicción tutelar.

Lamentablemente, la protección de los administrados en las normas del Código Orgánico General de Procesos resulta insuficiente y queda corta porque prevé solamente medidas de suspensión de actos, sin atender al espectro más amplio de caute- las que podrían ser necesarias en otro género de relaciones jurídico administrativas como se ha analizado²⁰⁰.

5.2. Las Constituciones de 1979 y de 2008 frente al carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Una de las innovaciones más trascendentales en el texto de la Constitución Política de 1998 —que reformó y codificó la Carta de 1979— fue su mejor y más avanzada exposición en materia de derechos y libertades, y la consagración explícita y pormenorizada de las garantías del debido proceso aplicables a los procedimientos administrativos y a toda clase de litigios ventilados ante los órganos de administración de justicia.

Entre esas garantías que por mandato constitucional hacen que un proceso sea “de- bido”, la Carta Política de 1979 (reformada y codificada en 1998) incorporó por primera vez el derecho de toda persona de acceder a la justicia y obtener de ella la tutela judicial efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, de manera que bajo ninguna circunstancia el justiciable quede en indefensión. La norma añadía

200 *Vid.* Capítulo 5.3.2.3 de este libro.

que el incumplimiento de las sentencias será sancionado por la ley (Art. 24 No. 17). La Constitución de 2008 no hace sino inscribirse en esta corriente que se inició en 1998, porque acierta en incorporar a la tutela judicial efectiva como un derecho de protección, reproduce de la norma anterior el que nadie quedará en indefensión y que el incumplimiento de las sentencias será sancionado por la ley (Art. 75).

Para fijar la repercusión jurídica que el derecho a la tutela judicial efectiva debería tener en el desenvolvimiento del contencioso administrativo ecuatoriano, conviene analizar previamente cómo define la doctrina ese derecho constitucional, cuál ha sido la evolución que registra ese derecho en la jurisprudencia tanto constitucional como contencioso administrativa en España, dado que el Art. 24 de la Constitución de ese país, estableció el derecho desde 1978.

Este análisis es particularmente relevante si tenemos en cuenta que el Derecho Administrativo de Ecuador se ha inspirado desde hace más de cuarenta años en las instituciones de Derecho Administrativo reguladas en España. El cuerpo normativo más importante que regula en Ecuador esta asignatura, la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de marzo de 1968, tomó conceptos y disposiciones íntegras de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956. De igual manera, el Libro II del ERJAFE, expedido en diciembre de 2002, y las normas de procedimiento del COOTAD, expedido en marzo de 2010, copian la Ley española de Régimen Jurídico Administrativo y de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas²⁰¹; de ahí que las reflexiones de la doctrina y las decisiones que trae la jurisprudencia en ese país tengan una aplicabilidad plena en nuestro sistema.

El tratadista español Jesús González Pérez se refiere al Art. 24 de la Constitución española de 1978 y explica los alcances de la tutela judicial efectiva —derecho que, según se ha explicado, tiene más de diecisiete años de vigencia en los textos constitucionales de Ecuador—. El tratadista español define así este derecho:

El derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de toda persona a que se haga justicia, se traducirá en el ámbito jurídico administrativo en que siempre que crea puede pretender algo con arreglo a Derecho frente a un ente público, tenga la seguridad de que su petición será atendida por

201 La referencias de las leyes ecuatorianas y la fecha de su publicación en el Registro Oficial consta detallado en varios acápites de este libro. La Ley 30/1992, publicada en el Boletín Oficial del Estado (B. O. E.) número 285 de 27 de noviembre de 1992.

unos órganos estatales independientes y preparados. Presuponiendo, por tanto, la existencia de una adecuada estructura judicial, el derecho a la tutela judicial desplegará sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el de acceso al proceso; segundo, una vez en él, haciendo posible la defensa y la obtención de la solución en un plazo razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, al llegar la hora de hacer efectivos sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia²⁰².

Veinte años antes de la reforma y codificación de la Constitución Política de 1998 y treinta antes de la Constitución de la República de 2008, la Constitución española de 1978, en el Art. 24, consagró el derecho a la tutela judicial y trastocó las bases que habían sustentado al contencioso español como un proceso objetivo sobre actuaciones administrativas previas, desde que la Ley Santamaría de Paredes de 1888 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956 perfilaron este carácter revisor. Eduardo García de Enterría explica el cambio operado en el contencioso español a partir de 1978²⁰³. Destaca el tratadista cómo el principio abolió el dogma de la jurisdicción revisora y, parafraseando a Thomas Khun, calificó el hecho como una verdadera revolución científica, en que los paradigmas de la teoría dominante (contencioso como jurisdicción revisora de actos), fueron eficazmente refutados por una nueva versión científica (contencioso como jurisdicción tutelar de derechos e intereses).

A continuación transcribo el análisis jurídico del mencionado tratadista subrayando la universalidad de sus conclusiones y su plena aplicación al contencioso del Ecuador:

El contencioso-administrativo está incluido, de eso no hay duda —la jurisprudencia constitucional lo dice todos los días—, en el artículo 24. Primera conclusión, la justicia administrativa es una justicia de tutela de derechos e intereses legítimos [...] una tutela de posiciones subjetivas. Por consiguiente, la concepción tradicional del contencioso-administrativo, el modelo francés de *excés de pouvoir*, la idea de un proceso al acto ha concluido en España. El contencioso no es, en modo alguno un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un

202 Jesús GONZÁLEZ PÉREZ. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tomo I, 3ª edición. Madrid: Ed. Civitas Madrid, 1998, p.14.

203 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, 2ª. edición ampliada. Madrid: Ed. CIVITAS, 1992, pp. 97 y 98.

proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración [...] entre sí confrontados²⁰⁴.

La potestad de acordar medidas cautelares no es un poder jurisdiccional sustantivo o independiente del poder jurisdiccional de decidir un proceso en cuanto al fondo; es un simple medio instrumental de hacer que esa decisión de fondo pueda pronunciarse en condiciones de ser efectiva. Una tutela judicial efectiva requiere *sine qua non* ese poder instrumental y el Consejo Constitucional Francés lo ha subrayado con particular energía [...]. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha confirmado este criterio [...]²⁰⁵.

Eduardo García de Enterría, una de las voces más autorizadas del Derecho Administrativo en el Hemisferio Occidental, cuyas obras han sido ampliamente difundidas en la academia y en el foro ecuatorianos, concluyó, en los ya lejanos años noventa, que el contencioso español establecido como un proceso objetivo al acto administrativo, fue definitivamente sustituido en España por una justicia tutelar de derechos subjetivos en virtud del principio de tutela judicial efectiva que consagró el Art. 24 de la Constitución española, desde 1978. El tratadista español destacó que, si bien la Ley de la Jurisdicción española de 1956, aquella que mantenía el principio de ejecutividad y el carácter revisor de la legalidad formal de actuaciones administrativas previas no había sido reformada, la jurisprudencia de ese país no esperó la reforma legal para resolver lo que su Constitución imponía, esto es, que el derecho a una tutela efectiva había derogado el sistema de un contencioso revisor de actos administrativos²⁰⁶.

Dado que la Constitución ecuatoriana consagra la tutela judicial efectiva e imparcial de derechos de los justiciables en términos similares por no decir idénticos a los de la Constitución española, bajo la misma lógica de aplicación de ese derecho y con fundamento en la doctrina, y en la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles, deviene irrefutable la tesis de que en la República del Ecuador, a partir de 1998, también concluyó el contencioso fiscalizador de la

204 *Ibid.* p. 60.

205 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op. cit.* 2004, p. 68.

206 Los Autos de 20 de diciembre de 1990 y de 17 de enero de 1991 de la Tercera Sala del Tribunal Supremo español destacaron en esa ya lejana ocasión, que la adopción de medidas cautelares están incluidas en el derecho constitucional a una tutela efectiva de derechos. En igual sentido se pronunció el Auto de 21 de marzo de 1991 y de 14 de octubre de 1991 expedido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ampliamente analizados en Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op. cit.* 2004,

legalidad formal o simplemente revisor de actos administrativos previos según la concepción reflejada en la LJCA de 1968, pues la Constitución ha establecido para la jurisdicción contencioso administrativa un carácter tutelar de las posiciones subjetivas de los administrados y de la Administración.

La misma lógica impone la conclusión de que no es necesario reformar el COGEP para que, en el juzgamiento de los casos que están siendo conocidos por los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, estos den una tutela efectiva con aplicación directa del derecho constitucional, en virtud de la aplicabilidad inmediata y directa de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos (Art. 11 No. 3).

5.3. La tutela judicial efectiva y el Código Orgánico General de Procesos

El Código Orgánico General de Procesos²⁰⁷ tiene interés para este análisis porque incorpora un capítulo específico sobre la tramitación de los juicios contencioso administrativo y tributario, fija reglas especiales que regulan la sustanciación de esta clase de procesos y deroga íntegramente la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa²⁰⁸ y, del Código Orgánico Tributario, el Capítulo II del Título II relacionado con el trámite de las acciones contencioso tributarias²⁰⁹.

Con relación a la tutela judicial efectiva, el nuevo cuerpo normativo introduce disposiciones favorables a este derecho constitucional, pero en otras normas contradice el principio e inexplicablemente retrocede en esta materia, para favorecer los privilegios que bajo esa ficción nunca definida de “interés público” se ha venido reservando el Estado, en detrimento de las personas y de sus libertades.

207 Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial 506-S de 22 de mayo de 2015. El proceso contencioso administrativo y el contencioso tributario se sujetan al procedimiento ordinario regulado en el Libro IV, desde el Art. 289 al 297 y a las normas especiales de los Arts. 299 a 331.

208 Disposición Derogatoria Tercera del Código Orgánico General de Procesos: “Deróguese la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicada en el Registro Oficial No. 338 de 18 de marzo de 1968 y todas sus posteriores reformas”.

209 Disposición Derogatoria Quinta del Código Orgánico General de Procesos, en que también derogó los Arts. 291, 292, 293, 294, 296 y 299 del Código Orgánico Tributario: “QUINTA.- Deróguense el Capítulo II del Trámite de las Acciones, del Título II de la Sustanciación ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal, del Libro III del Procedimiento Contencioso y los artículos 291, 292, 293, 294, 296 y 299 del Código Orgánico Tributario, publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 38 de 14 de junio de 2005”.

5.3.1. El carácter tutelar de la jurisdicción contenciosa que prevé el COGEP no es una novedad

La disposición que podría considerarse concordante con el derecho constitucional es el Art. 300 del COGEP que trata sobre el concepto y límites del contencioso, y señala que el objeto de estas jurisdicciones especializadas es “tutelar” los derechos de toda persona, “así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa [...]”, con lo cual estaría confirmando el principio tutelar que el contencioso tiene desde 1998, para conocer y resolver controversias suscitadas a partir de una relación jurídico administrativa o jurídico tributaria, independientemente de que haya o no un acto administrativo previo. El Art. 324 es la otra disposición del que guarda conformidad con el principio constitucional, prevé la suspensión del acto impugnado en juicio, norma cuyo contenido se analiza más adelante.

Por tanto, el COGEP ratifica que las controversias en el ámbito administrativo o tributario pueden plantearse en función de cualquier conflicto en el que las partes procesales contradicen sobre un determinado punto de derecho, independientemente de que haya o no una decisión administrativa previa o un reglamento como objeto litigioso, pues no de otra manera puede ser entendido el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ni la renovada atribución que este Código reconoce a los tribunales distritales administrativos y tributarios, de conocer y resolver los diversos aspectos que derivan de la relación jurídico administrativa o jurídico tributaria, sin referencias al acto previo.

A partir del momento en que el contencioso administrativo dejó de ser un proceso objetivo, revisor de la legalidad formal de actos administrativos previos, perdió sentido aquella clasificación del recurso contencioso en subjetivo y objetivo. Por esto, resulta llamativo que el Art. 326 del COGEP mantenga esa rezagada distinción contradiciendo la recepción de los principios constitucionales que proclaman los Arts. 300 y 324 del mismo cuerpo legal.

En esta línea de reflexión no encuentro que el COGEP hubiere aportado novedad al derecho público de Ecuador, pues según se ha analizado, el Código Tributario desde 1975 ha previsto en el Art. 217, que la jurisdicción contencioso tributaria resuelve las controversias “por actos que determinen obligaciones tributarias” o, “por las consecuencias que se deriven de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes”.

Esta norma dejó en claro, desde hace cuarenta años que la procedibilidad de la controversia contencioso tributaria no exigía de un acto administrativo previo, aunque la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia haya incurrido en el error de recluir a esta jurisdicción en el anquilosado molde revisor de actos y que, en perjuicio del derecho constitucional de los contribuyentes, haya preferido hacerse eco de los argumentos de la administración tributaria, de que los actos de simple administración no son susceptibles de revisión jurisdiccional.

Este error jurídico que se venía reproduciendo en un sinnúmero de fallos de la Sala de lo Fiscal de la Corte Suprema de Justicia —y que se esperarí de la actual Sala de lo Contencioso Tributario de la Corte Nacional de Justicia una oportuna rectificación— viola el carácter tutelar que, por mandato constitucional, corresponde a la jurisdicción contencioso tributaria y desconoce que desde 1975 el Art. 217 del Código Tributario impone a los tribunales distritales resolver no solamente las controversias originadas en actos administrativos, sino las que derivan de relaciones jurídicas provenientes de la aplicación de leyes tributarias. Por tanto, cuando hay una contradicción entre el contribuyente y la administración tributaria y una y otra parte procesal sostienen controversia sobre cualquier aspecto derivado de la aplicación de leyes tributarias, la tutela judicial proclamada constitucionalmente —y hoy ratificada por el Art. 300 del COGEP— exige del juzgador conocer y resolver dicha controversia, haciendo un pronunciamiento sobre el fondo del objeto litigioso, sin que sea trascendente la existencia de un acto administrativo previo, menos aún hacer disquisiciones sobre los conceptos de acto administrativo y acto de simple administración.

Adicionalmente, la Ley de Modernización del Estado, desde 1993, abrió el espectro de controversias susceptibles de la acción contencioso administrativa más allá del limitado ámbito de actos y reglamentos, y estableció la plena justiciabilidad de contratos y hechos administrativos y dispuso de manera categórica que no era necesario agotar la vía administrativa; más aún, que el reclamo presentado quedaría sin efecto con la sola presentación de la demanda contenciosa (Art. 38). Bajo este mandato legal, ¿qué acto administrativo le puede ser válidamente exigible a un administrado accionante, como requisito de procedibilidad? En esa línea de evolución del derecho público, la reforma y codificación de la Constitución de 1998, introdujo por primera vez en nuestra historia constitucional el derecho a una tutela judicial efectiva (Art. 24 No. 17), de donde se desprende la transformación radical del carácter revisor de actos que caracterizó al contencioso administrativo hasta esa fecha, trastocándolo por un orden jurisdiccional esencialmente tutelar de posiciones subjetivas que las partes procesales sostienen en juicio, sin que interese la existencia o no de actos previos.

El Código Orgánico Integral de Procesos se inscribe en el carácter tutelar del contencioso administrativo y del contencioso tributario mediante una disposición expresa (Art. 300) y corresponderá a los jueces de los Tribunales Distritales asumir estos mandatos constitucionales y legales, con todas sus consecuencias, sustentándolos adicionalmente en la letra del Art. 217 del Código Tributario y 38 de la Ley de Modernización del Estado.

5.3.2. El COGEP y la suspensión de los actos administrativos impugnados

El COGEP regula el instituto de la suspensión de los efectos de un acto administrativo impugnado, en dos normas: en el Art. 324 cuando trata del proceso contencioso tributario, y en el Art. 330 que se refiere al trámite del juicio contencioso administrativo.

Si la suspensión de los efectos de un acto impugnado deriva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, no encuentro justificación técnica a la distinción regulatoria y menos que el legislador haya tenido a bien dar a uno y a otro un tratamiento distinto, según sea un acto de la administración tributaria o uno emanado de la administración no tributaria.

5.3.2.1. La suspensión del acto en el contencioso tributario

El inciso primero del Art. 324 del COGEP ²¹⁰ se refiere a la suspensión del acto administrativo en materia tributaria, limita su protección a las decisiones que imponen una obligación de dar, y condiciona la tutela suspensiva a que el administrado rinda una caución del diez por ciento (10%) de la obligación discutida en juicio. De esta norma del Código debemos destacar al menos cuatro consecuencias jurídicas:

La primera, de carácter teórico, que los actos administrativo tributarios que impongan obligaciones de hacer o de no hacer, quedarían protegidos mediante una suspensión automática bajo las normas generales del Código Tributario²¹¹, con la sola presentación de la demanda, puesto que la norma legal que prevé la suspensión previa caución, comprende solamente a los actos que imponen obligaciones de dar.

210 Código Orgánico General de Procesos “Art. 324, inc. 1o.- Suspensión del acto impugnado. Cuando el acto administrativo en materia tributaria impugnado imponga al administrado una obligación de dar, este puede solicitar en su demanda la suspensión de los efectos de dicho acto. Para que se haga efectiva la suspensión, el tribunal ordenará al actor rendir caución del 10% de la obligación; en caso de no hacerlo, se continuará con la ejecución del acto impugnado”.

211 *Id.* capítulo 3.5.1.1.2 de este libro que trata sobre la suspensión automática de los actos administrativos regulados por el Código Orgánico Tributario.

La segunda consecuencia es que la caución ya no es un requisito de admisibilidad de la demanda ni de continuación del juicio contencioso tributario, sino solamente una opción del accionante que tenga interés en suspender la ejecución del acto que impugna en juicio.

Este aparente mejoramiento para el derecho de los accionantes no deja de ser una fórmula disfrazada de bondad porque, en todos los casos, mantiene la perversidad de la caución a los que plantean demandas contra las administraciones tributarias, presumiendo su mala fe. Los litigios contra las Administraciones Tributarias no se explican en el solo interés de confrontar, pues los contribuyentes demandan para alcanzar una decisión de fondo que dirima su conflicto aplicando la legalidad tributaria; por ello, mientras no haya sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, no podría ejecutarse la decisión administrativa que se impugna, de otra manera no tendría sentido el esfuerzo de sostener un proceso contencioso tributario, durante varios años, en el que la deuda discutida en juicio incrementa injustamente con intereses que se acumulan mes a mes, provocándose el absurdo de que los contribuyentes que litigan asumen los costos de la demora en la administración de justicia.

La tercera consecuencia es que si el accionante no rinde caución, el trámite del proceso contencioso tributario continúa, y el acto administrativo impugnado estaría llamado a cumplirse. Esta consecuencia resulta inadmisibles en un Estado de Derecho que proclama, como derecho constitucional de las personas, el de obtener una tutela judicial efectiva. Según el Art. 324 inc. 2¹², la caución podría consistir en la consignación del valor mediante depósito monetario en la cuenta de la administración tributaria, o mediante la constitución de hipoteca, prenda o fianza bancaria, o de cualquier aval “permitido por la ley”.

Por tanto, si el accionante no rinde la caución, la Administración Tributaria ejecutará el acto administrativo aunque su legalidad esté siendo discutida en juicio. Desde luego, esta norma no regula los supuestos en los que el contribuyente carezca de recursos para rendir la caución, pero su mandato lleva a la conclusión de que en ese caso perderá el derecho a obtener la suspensión de los efectos del acto impugnado, quedará privado del derecho constitucional a la tutela efectiva y fracturado el derecho

212 Código Orgánico General de Procesos. “Art. 324, incs. 2o. y 3o- Suspensión del acto impugnado [...]. La caución a que se refiere el inciso anterior podrá consistir en consignación del valor en la cuenta de la institución pública demandada o en una hipoteca, prenda o fianza bancaria, o cualquier otra forma de aval permitida por la ley. El acto constitutivo de hipoteca, prenda o fianza, así como su cancelación, solo causarán los derechos o impuestos fijados para los actos de cuantía indeterminada. Los actos de constitución de la hipoteca o prenda o de la fianza personal serán admitidos por la o el juzgador [...]”.

constitucional a la igualdad, esto es, el que a toda persona corresponde para obtener una igual protección frente a la ley pues aquellos que cuentan con recursos económicos para costear la caución sí alcanzarán la tutela suspensiva mientras que los que carecen de ellos se verán privados de la protección judicial. Esta circunstancia volvió ilusoria a la jurisdicción contencioso tributaria y a la contencioso administrativa, tornándolas incompatibles con los principios que inspiran a todo Estado de Derecho.

El legislador perdió de vista que la suspensión de los efectos del acto administrativo, tributario o no, es una pretensión inherente al derecho de acceder a la justicia contenciosa, para obtener de ella una tutela imparcial y expedita de los derechos de cualquier accionante, para evitar que el juicio contencioso pierda su razón de ser. La norma del nuevo Código deja a los demandantes en indefensión y rompe la igualdad procesal frente a una Administración ya investida de privilegios. Al haber aventajado a la Administración Tributaria como parte procesal el legislador irrespetó obligaciones internacionales asumidas por la República del Ecuador en virtud de los Arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, infringió el Art. 75 de la Constitución de la República y creó las condiciones más propicias para que, tarde o temprano el germen de la corrupción se tome las estructuras de las administraciones tributarias del país.

La cuarta consecuencia tiene relación con la anterior y encuentra fundamento en el Art. 11 de la Constitución de la República: si la demanda contencioso tributaria fuere aceptada en sentencia y se hubiere adelantado la ejecución del acto impugnado, el contribuyente podrá hacer efectiva la responsabilidad extracontractual del Estado y demandar a este, es decir, a la administración tributaria responsable, la reparación íntegra de tales daños, sin perjuicio del derecho de repetición contra el funcionario que ejecutó el acto contrario a derecho, puesto que bajo ninguna circunstancia la ejecutividad del acto prevista en el COGEP releva de responsabilidad a los empleados de la administración tributaria que hubieren actuado en contra de la ley.

Se debe recordar que, desde 1975 hasta que entró en vigencia la “Ley para la Equidad Tributaria” en diciembre de 2007²¹³, la sola presentación de la demanda tributaria suspendía automáticamente la ejecutividad del acto. En esta materia, el COGEP y la Ley para la Equidad Tributaria de 2007, que han venido instituyendo mayores privilegios a favor de las Administraciones Tributarias, comportan retrocesos para el derecho de defensa de los contribuyentes y una negación del principio de progresivi-

213 *Vid.* capítulo 3.5.1.2.2. de este libro que trae un análisis jurídico sobre los vicios de la mencionada ley.

dad del derecho humano a la defensa. En materia de principios jurídicos, de eficacia del derecho constitucional y de la justicia que debe inspirar a la relación tributaria, la opción de caucionar el 10% y la posibilidad de que aún sin esa caución el trámite del juicio continúe, no son factores que por sí mismo sustenten bondades del Código Orgánico ni aporten una solución ajustada a la seriedad con que debemos abordar la tutela judicial efectiva. Aludir a supuestos beneficios que en esta materia habría introducido el nuevo Código es caer en la trampa del simplismo y apartarse de la objetividad que reclama la crisis por la que atraviesa el contencioso ecuatoriano.

5.3.2.2. La suspensión de efectos del acto en el contencioso administrativo

Para los procesos contencioso administrativos, el Art. 330 del COGEP supone un avance en la aplicación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, más aun cuando el legislador ha decidido reconocer a los jueces de los tribunales distritales mayores espacios de discrecionalidad para resolver la medida suspensiva, atendiendo a las circunstancias de cada caso y sin que sea exigible al peticionario de la medida, ninguna caución para el efecto.

De inicio se debe señalar que la norma del Código resulta insuficiente porque las medidas cautelares que hacen efectiva la tutela judicial no deberían limitarse solamente al efecto suspensivo como restrictivamente ha establecido el COGEP, sino que debería comprender otro género de medidas que podrían adoptar los jueces según las circunstancias de cada controversia, tal como impone el derecho constitucional materia de este análisis.

Los requisitos para la adopción de la medida suspensiva quedan señalados en el primer inciso del Art. 330²¹⁴ y son básicamente cinco:

- El primero es la existencia de un acto administrativo. Esto, desde luego supone una injustificada limitación porque la controversia contencioso administrativa no necesariamente versará sobre actos administrativos, y en esos otros supuestos el accionante podría quedar en indefensión.

214 Código Orgánico General de Procesos, “**Art. 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, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida. Podrá revocarse la medida en cualquier estado del proceso, en tanto se advierta una modificación en las circunstancias que lo motivaron”.

- El segundo, que haya petición de parte. Este requisito se asocia al principio dispositivo que modula las instituciones del proceso contencioso, bajo la previsión del Art. 19 inc. 1 del Código Orgánico de la Función Judicial²¹⁵. Por tanto, los jueces distritales no pueden actuar de oficio para ordenar la tutela suspensiva del acto impugnado, ni la suspensión es automática a partir de la presentación de la demanda, como fue en materia tributaria desde 1975 hasta 2007, y como debería ser cuando en el Ecuador vuelva a regir un Estado de Derecho.

Los Arts. 11 numeral 3 y 426 inc. 2º de la Constitución prevén que los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación ante cualquier servidor judicial, de oficio o, a petición de parte.

Por tanto, si la suspensión del acto administrativo impugnado en juicio —y la adopción de cualquier otra medida cautelar— es una emanación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y del derecho de defensa, los jueces distritales de lo contencioso administrativo tienen no solamente la atribución sino la obligación de ordenar la suspensión del acto —o cualquier medida cautelar— si advierten que de la ejecución del acto impugnado derivarían infracciones al derecho constitucional de los accionantes. La exigencia de que haya pedido de parte, en mi opinión, en un número indeterminado de casos podría colisionar con las normas constitucionales que dejo señaladas; por ello, encuentro que siempre será más conforme a la Constitución y menos conflictiva la relación administrativa cuando se establezca la suspensión automática de los actos administrativos con la sola presentación de la demanda tal como rigió para la jurisdicción contencioso tributaria desde 1975 hasta 2007.

- El tercer requisito es conocido en la doctrina como la apariencia de buen derecho o *fumus bonis iuris*, que deberá desprenderse de los hechos alegados y de las pruebas acompañadas al libelo inicial cuando sean preliminarmente favorables a la pretensión planteada. Este requisito confirma que la adopción de la medida suspensiva no exige del particular rendir ninguna caución, sino acreditar la apariencia de buen derecho.

Es necesario destacar que este requisito parecería imponer un examen probatorio; sin embargo, el *fumus bonis iuris* es un examen *prima facie* que el juez distrital debe

215 Código Orgánico de la Función Judicial (R. O. 544-S, 09-03-2013), Art. 19, inc. 1.- Todo proceso judicial se promueve por iniciativa de parte legitimada. Las juezas y jueces resolverán de conformidad con lo fijado por las partes como objeto del proceso y en mérito de las pruebas pedidas, ordenadas y actuadas de conformidad con la ley [...]"

hacer sobre los argumentos de la demanda, una evaluación preliminar de los fundamentos jurídicos que sostienen la pretensión planteada en juicio, sin que, en todos los casos sea exigible una evaluación de pruebas como pretende la norma con evidente desconocimiento de la institución.

Hay algunos procesos en los que el objeto controvertido es de puro derecho y la prueba ni es exigible ni puede ser un elemento que defina el litigio de que se trate; en otros procesos se practican solamente pruebas instrumentales que, en un sinnúmero de casos, están en archivos de la Administración accionada; y hay otros en los que la prueba, por su naturaleza, necesariamente debe ser obtenida durante la tramitación del juicio. En estos casos, la medida provisional no podría exigir del solicitante ninguna actuación probatoria y aunque los jueces distritales no podrían analizar pruebas, eso no les impediría que hagan una apreciación provisional sobre el fondo, partiendo de una valoración de los hechos y del derecho invocado por el solicitante, con lo cual tendrían elementos suficientes para dictar la medida a partir solamente de la apariencia de buen derecho que se desprende de la petición.

- El cuarto requisito se refiere a la urgencia conocida como *periculum in mora*, esto es, el perjuicio que provocaría el retardo en la decisión de la causa y que puede afectar irremediabilmente al derecho del administrado que plantea su acción. El *periculum in mora* alude a la frustración de la pretensión jurídica provocada por la demora en la tramitación del proceso contencioso administrativo. La realidad del contencioso ecuatoriano, que debe agotar distintas etapas hasta la declaración final que llega con la sentencia, nos revela que su tramitación supera con creces los términos fijados legalmente y que, hasta que se dicte el fallo que ponga fin a la controversia, se pueden haber consumado perjuicios de difícil o imposible reparación, como ocurre con reiterada frecuencia.

Desde este punto de vista, la ejecutividad del acto administrativo que proclama el Art. 329 del COGEP y la demora que en la tramitación del proceso contencioso revela la práctica diaria, son circunstancias determinantes del cumplimiento de este tercer requisito. Por tanto, el requisito del perjuicio en la demora viene satisfecho de antemano, en la gran mayoría de supuestos, por no decir en todos los casos en los que se llegare a solicitar la suspensión de los efectos del acto.

De manera recurrente, se ha llegado a sostener que la solvencia económica de la Administración permitirá, en todos los casos, reparar el daño que eventualmente se produzca por la ejecución del acto administrativo impugnado. Partiendo de esta premisa, se llega a la conclusión de que no hay “daño irremediable” ni perjuicios de

“imposible reparación”. Esta afirmación no comporta un argumento de derecho oponible a la medida suspensiva, puesto que toda medida provisional precautela el derecho o interés concreto que se discute en el juicio y no la mera reparación dineraria.

Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia han sido categóricos para desestimar esa posición y señalar que los daños irremediables o de imposible reparación no deben ser ponderados en función del pago de una indemnización económica. Con relación a este punto resulta interesante el análisis de Eduardo García de Enterría cuando comenta el Auto de 14 de octubre de 1991, expedido por el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco²¹⁶.

La municipalidad de Bilbao había negado la licencia de funcionamiento de un bar-cafetería, porque violaba una Ordenanza de Establecimientos de Hostelería que limitaba la instalación de dichos negocios en una zona específica, dado que el nuevo establecimiento era colindante de “fachada trasera” con otro restaurante que oportunamente había obtenido su licencia²¹⁷.

Planteada la demanda contencioso administrativa con distintos argumentos, el demandante pidió, como medida cautelar, la suspensión del acto denegatorio y el derecho a que se considere que la licencia le ha sido otorgada. El Tribunal otorgó la medida aunque modificando lo pedido por el accionante. En el considerando tercero de ese Auto, la Sala abordó la cuestión del *periculum in mora* y señaló lo siguiente, en el que dejó subrayado lo pertinente al tema:

[...] el contenido normal de aquel derecho [derecho fundamental a la tutela cautelar] demanda que la protección judicial opere precisamente sobre los derechos e intereses que son objeto del litigio, posibilitando al final de este el disfrute de esos mismos derechos e intereses y no una indemnización equivalente en sustitución de ellos impuesta por su desaparición o menoscabo durante el proceso²¹⁸.

216 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op.cit.*, 2004, p. 282.

217 En mi opinión, el Derecho Público en general y, particularmente el Derecho Administrativo, debe replantear su papel de intervención en la actividad y en los espacios de libertad que corresponde a los sujetos de derecho privado. Estos conflictos jurídicos, que son recurrentes en el ámbito del contencioso administrativo, surgen por la tendencia del poder público de constituirse en protectores de unos negocios privados para librarles de la competencia de otros, cuando no es esta la función que corresponde a un Municipio, ni la razón de ser de ninguna entidad de derecho público. Si hay dos o tres o diez restaurantes en un espacio determinado, ese es un problema que deberán resolver los dueños de esos restaurantes y las personas que, con su dinero, deben escoger a dónde ir a comer, y no se justifica ni la expedición de Ordenanzas menos la de actos de autoridad que limiten la libertad de comercio e industria de unas personas para aventajar a otras.

218 El texto de la decisión que adoptó el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, de 14 de octubre de 1991, es

El tratadista español felicita esta decisión jurisdiccional a la que califica de “deducción impecable”, “llena de rigor lógico” por cuanto definió apropiadamente el alcance de la tutela judicial efectiva en esta relación jurídico administrativa. El perjuicio en la demora, de no haberse dictado la medida cautelar, habría sido irremediable y no habría podido satisfacerse adecuadamente con el otorgamiento de una indemnización pecuniaria.

En este juicio se discutía la licencia de funcionamiento de un bar-cafetería y a ello apunta el disfrute de los derechos e intereses controvertidos en ese juicio, cuyo daño habría sido irremediable. Su reparación no pasaba por indemnizar al afectado, si el acto administrativo se declaraba ilegal a la finalización del proceso, puesto que el bar habría debido cerrar sus puertas hasta que la sentencia se llegue a dictar en un dilatado proceso no menor a dos años.

- El quinto requisito que fija la ley es que haya una orden del juez expedida en el auto inicial, debidamente motivado y que justifique “la razonabilidad de la medida”.

Parecería que la medida suspensiva habría quedado circunscrita a la petición planteada con el escrito de demanda o mediante un escrito separado, siempre que se hubiere presentado con anterioridad a la calificación.

Me aparto de toda posición restrictiva que limita el derecho constitucional a la tutela suspensiva, porque la naturaleza provisional de esta medida y el interés permanente de que se respete el derecho constitucional de defensa del accionante imponen que el pedido de suspensión pueda plantearse en cualquier momento durante la tramitación del juicio y no solamente antes de la calificación de la demanda.

La hipótesis que refiero a continuación sustenta el punto de vista expuesto y cómo la tutela judicial efectiva quedaría burlada si es que la medida suspensiva solamente podría ser adoptada a la calificación de la demanda: si un órgano de la administración decide no ejecutar el acto administrativo impugnado, no habría razón para que el accionante en la vía contencioso administrativa solicite al Tribunal Distrital una suspensión del acto administrativo. Este presenta la demanda, pero dispone después de su calificación, la Administración cambia de opinión y dispone la ejecución de ese acto que está siendo impugnado. ¿Podría sostenerse que habiéndose ya calificado la demanda precluyó el derecho del actor para solicitar la suspensión del acto administrativo?

La respuesta a esa pregunta es categóricamente negativa. En el Art. 76 No. 7 literal a) de la Constitución señala, entre las garantías del debido proceso, que “nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del proceso”, disposición concordante con el Art. 75 que señala de modo imperativo que la parte procesal, “en ningún caso quedará en indefensión”. El derecho de defensa del accionante y la tutela judicial no podría ser efectiva como manda la Constitución, si es que se restringe su aplicación a un determinado momento procesal y no a cualquier otro de la tramitación del juicio que requiera de la protección suspensiva.

Revisados estos requisitos del Art. 330 del COGEP, estamos ciertamente ante una disposición más amplia que la prevista en el Art. 75 de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o que la establecida para la materia contencioso tributaria que abusivamente exige rendir una caución, aunque es de insistir en que ni técnica ni jurídicamente se justifica un tratamiento diferenciado de un instituto que desarrolla el derecho constitucional de la tutela judicial efectiva, que tiene alcance universal y debe ser respetado en toda su integridad y por igual, tanto en la vía contencioso administrativa como en la contencioso tributaria.

5.3.2.3. Limitaciones de la tutela suspensiva prevista en el Art. 330 del COGEP

Varias limitaciones que derivan del texto del Art. 330 del COGEP llevan a la conclusión de que dicha norma no aporta sino un tibio progreso de la tutela judicial efectiva y que, por su debilidad, llevará a un deplorable congelamiento de la situación de indefensión que los administrados ecuatorianos han venido arrastrando desde hace varias décadas en que rigió la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, principalmente si los jueces de los tribunales distritales no hacen una aplicación directa de los Arts. 11 y 75 de la Constitución y de los Arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, para disponer no solamente de una medida suspensiva, sino de cualquier otra tutela cautelar, asumiendo un ejercicio jurisdiccional pleno.

A continuación refiero algunas insuficiencias que derivan de la literalidad del Art. 330 del COGEP en su relación con la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución de la República:

a) La primera limitación viene planteada por las situaciones prácticas que ocurren en la relación administrativa, en la que sujetos de derecho privado enfrentan un sinnúmero de decisiones de autoridad que no comprenden necesariamente una obligación de dar y que quedarían excluidas de la medida suspensiva.

Un acto administrativo o un reglamento que establezca obligaciones de hacer o de no hacer y que son impugnados en juicio porque resultan contrarios a la ley, así como un amplísimo género de actos denegatorios que también son impugnados en vía jurisdiccional, o controversias derivadas de hechos o contratos administrativos se mantendrían inmunes a la tutela suspensiva, y la norma supuestamente beneficiosa del Art. 330 dejaría desprotegidos estos amplios segmentos de relación jurídica. En la denegación de una licencia como el bar-cafetería del ejemplo comentado, o en el reclamo de pagos retenidos en la contratación administrativa, los accionantes no encontrarían ninguna fórmula de protección bajo el Art. 330 del COGEP y el derecho constitucional no regiría para este número multiplicado de conflictos administrativos.

b) La segunda limitación es que el Art. 300 se refiere solamente a la suspensión de efectos del acto administrativo, sin considerar que hay otras medidas cautelares o provisionales que van más allá del ámbito reducido de la suspensión.

En este sentido y conforme se ha analizado en otros acápites de este libro, desde hace más de veinte y cinco años, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español ha señalado que la protección cautelar de los administrados comprendería también medidas provisionales de carácter positivo, tal como lo han resuelto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Bruselas y los Tribunales Constitucionales de España, Italia, Francia, etc.

Bajo el denominado Estado Constitucional de “Derechos y Justicia”, resulta llamativo que el legislador siga estancado en arcaísmos dogmáticos, en fórmulas superadas por la doctrina del Derecho Administrativo hace más de treinta años, y limite la protección a una mera suspensión de efectos del acto. Veremos más adelante que la doctrina y la legislación comparada han previsto otras medidas que hacen efectivo el principio de igualdad procesal y la protección constitucional de los particulares para hacer de la jurisdicción contencioso administrativa un recurso judicial efectivo y alcanzar una tutela judicial expedita.

c) Una tercera limitación es que la suspensión de los efectos del acto impugnado, no es automática como hasta hace poco previó la regulación que trajo el Código Tributario. En el ámbito contencioso administrativo, se exige un análisis del juez que bien podría aceptar o negar la petición del afectado.

El Art. 330 del COGEP, en términos del derecho de los particulares, no supone un progreso significativo, pues, cuando se expidió el Código Tributario en 1975 (Arts. 149 y 247) y hasta diciembre de 2007 en que se dictó la Ley para la Equidad Tributaria, los contribuyentes que impugnaban actos de determinación tributaria obtenían una suspensión automática de los actos de la administración tributaria, sin tener que pedir una decisión a los jueces a este respecto. Del mismo modo, el ERJAFE (Art. 189), las normas hoy derogadas de la Ley de Radiodifusión y Televisión ya avanzaron hacia la suspensión automática del acto impugnado, sin que haya un fundamento jurídico o una razón técnica para no extender dicha protección a las demás materias.

5.3.3. La tutela judicial efectiva impone no solamente la suspensión de la eficacia de los actos sino otras medidas cautelares

Luego de analizado el vuelco que en el contencioso administrativo ecuatoriano se dio por la vigencia de la Constitución Política de 1998, que por primera vez consagró el derecho a una tutela judicial efectiva (Art. 24 No. 17) y reconoció la prevalencia de los tratados internacionales de protección de derechos humanos (Arts. 18 y 163), conviene examinar qué alcances concretos nos plantea este derecho en materia de suspensión de actos impugnados en sede contenciosa —y en la adopción de cualquier medida de carácter cautelar— dado que la nueva Carta Constitucional de 2008 reprodujo las normas de la Constitución anterior, en términos similares.

La tutela judicial en lo contencioso administrativo exige la presencia concurrente de los siguientes elementos, ya destacados por el tratadista González Pérez: un sistema procesal que facilite el acceso de las personas a los órganos de administración de justicia, que estos sean independientes, para obtener de ellos una decisión oportuna y ajustada a Derecho sobre el fondo de su pretensión, sin que obstáculos de orden formal que no constituyan presupuestos esenciales, impidan ese acceso o desvíen el pronunciamiento sobre lo que es la materia controvertida; también exige que los jueces, debidamente preparados para el ejercicio de su cargo, cuenten con potestades jurisdiccionales plenas, y que durante la tramitación del juicio observen estrictamente las garantías del debido proceso, principalmente el ejercicio del derecho a la defensa, la igualdad de las partes procesales y el principio de contradicción; finalmente que, luego de concluido el proceso, se cumpla efectivamente la decisión del juez, sin dilaciones²¹⁹.

219 González PÉREZ JESÚS. *Op. cit.*, p. 17.

Para asegurar el cumplimiento de la decisión final, resulta imprescindible que el juez contencioso pueda ordenar en cualquier estado del juicio o antes de él, una o varias medidas cautelares que aseguren el cumplimiento de la sentencia, entre las que se encuentra la suspensión de los actos administrativos sin perjuicio de que se disponga otras tutelas provisionales atendiendo la naturaleza de los hechos controvertidos, para evitar que el trámite del juicio contencioso y el tiempo que este toma, altere o agrave la situación inicial del accionante, vuelva inútil el pronunciamiento del juez o aventaje a una Administración sobrecargada de prerrogativas y beneficiaria de una posición de privilegio frente a los sujetos de derecho privado, pues aquella, a diferencia de estos, no tiene necesidad de plantear una demanda para alterar el *statu quo* jurídico y fáctico de la controversia.

El autor Juan Carlos Cassagne menciona que, al haber una pretensión principal en el proceso contencioso administrativo, el juez deberá asegurar la efectividad de la sentencia, para que el resultado del proceso no se convierta en algo inoportuno o que carezca de utilidad para el justiciable²²⁰.

Si la tutela que el juzgador contencioso administrativo está obligado a proveer no comprende también la facultad de impedir la ejecución del acto administrativo impugnado mientras dure el proceso, o la adopción de cualquier otra medida cautelar que asegure el cumplimiento de la sentencia definitiva, la potestad jurisdiccional vendría disminuida en su esencia, quedaría vaciado el derecho constitucional de recibir una tutela judicial, y se incumpliría una obligación internacional asumida por la República del Ecuador en el marco del sistema interamericano que impone a nuestro país contar con un recurso judicial efectivo en los términos del Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En idéntico sentido, la tratadista española Carmen Chinchilla Marín —citada por Eduardo García de Enterría y por Ramiro Simón Padrós— ha analizado en varias de sus obras, la tutela judicial como fundamento de la obligación que tiene todo juzgador contencioso, de suspender la ejecutividad de los actos administrativos impugnados en vía judicial, y de adoptar las medidas cautelares que hagan efectivo el derecho del accionante. Señala que la tutela judicial efectiva exige el sometimiento de la ejecutividad de las actuaciones administrativas a la decisión judicial, para impedir que la duración del juicio prive a este de su razón de ser; y que, mientras llega la decisión del juez, resulta obvio que la Administración —que es solamente una par-

220 Juan Carlos CASSAGNE. *Op. cit.*, p. 282.

te procesal— no ejecute su acto²²¹. En otras palabras, si en Ecuador no aseguramos la igualdad procesal entre administraciones públicas y administrados en el trámite del juicio contencioso administrativo, ni habrá tutela efectiva ni garantías del debido proceso en esta materia, ni habría recurso judicial efectivo bajo la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8.1 y 25) por lo que los privilegios que se reservan tales Administraciones Públicas para la sede administrativa no tienen por qué extenderse al trámite del juicio contencioso.

Estas conclusiones de la doctrina argentina y española sustentada en el Derecho Administrativo ecuatoriano la tesis de que el Art. 189.4 del ERJAFE es concordante con el derecho constitucional de la tutela judicial y que el hoy derogado Art. 76 de la LJCA, que prohibía la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado en juicio o la norma del contencioso tributario que hoy exige el pago de una caución, han venido contradiciendo de manera desafiante el derecho constitucional.

El sistema contencioso administrativo alemán quizá sea el que con mayor tradición ha reconocido el derecho de la tutela judicial. De ahí que desde el año 1960 en que se expidió la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa haya reconocido con carácter general el efecto suspensivo del acto impugnado en sede judicial²²². De idéntica manera, en el ámbito del contencioso tributario ecuatoriano, el Código Tributario fijó la tutela suspensiva de los actos administrativos de manera automática, con la sola presentación de la demanda, al menos desde 1975 en que se expidió el Código hasta el año 2007 en que la Asamblea Constituyente de Montecristi expidió la denominada “Ley para la Equidad Tributaria” para disminuir el derecho fundamental de defensa de los contribuyentes y afectar al principio de progresividad de los derechos humanos (Constitución Art. 11 No. 8).

Sobre este punto, encuentro pertinente la reflexión hecha por el Tribunal Federal Alemán en sentencia de junio de 1973 y que ha precedido un sinnúmero de pronunciamientos del mismo Tribunal y de los de lo Contencioso Administrativo, en el sentido de que la tutela judicial exige no solamente una justicia a tiempo, sino el reconocimiento de un conjunto de medidas cautelares que se adecuen a la naturaleza y finalidad de la pretensión que hubiere sido planteada²²³.

221 Ramiro SIMÓN PADRÓS. *Op. cit.*, p. 117.

222 Una completa descripción y explicación sobre el contencioso administrativo alemán nos ofrece la obra de Santiago J. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. *La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, 1ª. ed. Madrid: Ed. Civitas y Ministerio de Justicia, 1993.

223 Sobre este último punto, Ramiro SIMÓN PADRÓS (*Op.cit.*, 196 y siguientes) cita a Javier Barnés Vázquez en su

Resulta interesante conocer el contenido del mencionado fallo porque razona y explica con suficiencia las atribuciones que corresponden a la jurisdicción contenciosa administrativa a partir del derecho constitucional, sin excluir a la contencioso tributaria, y no deja de sorprender que hace más de cincuenta y cinco años aquellos planteamientos que han estado tan claros en los tribunales alemanes, no hayan merecido ninguna recepción en la posición que los tribunales distritales de Ecuador tienen sobre esta materia:

Al Poder Judicial le compete verificar no solo una completa revisión jurisdiccional [...] de todo acto del ejecutivo que diga relación con los derechos del ciudadano, sino también excluir en la medida de lo posible resoluciones irreparables, como las que pueden derivarse por consecuencia de la inmediata ejecución de una medida del poder público. De aquí deriva la dimensión constitucional de la suspensión. Sin el efecto suspensivo del recurso jurisdiccional no se obtendría con frecuencia la tutela judicial frente a la Administración por la inevitable duración del proceso, habida cuenta de que, cuando se acuerda la inmediata ejecución del acto administrativo, se producen ordinariamente hechos consumados. La finalidad del proceso contencioso-administrativo —asegurar la revisión del acto administrativo a través de tribunales independientes— sería entonces en gran parte ilusoria y se le privaría al afectado en definitiva de una tutela judicial efectiva²²⁴.

Por su parte, en la doctrina argentina, Ramiro Simón Padrós se remite a los pronunciamientos de la judicatura alemana y concluye que esta ha planteado una integración creadora del ordenamiento jurídico que se ha desarrollado “*contra legem*” pero siempre “*secundum constitutionem*” lo cual no se opone al régimen de la división de poderes sino que lo vuelve explícito bajo un principio de subsidiariedad en virtud del cual, cuando la Función legislativa omite desarrollar el principio constitucional, o corregir la contradicción que traen normas de distinta jerarquía, corresponde al juzgador asumir esa tarea en los casos concretos que resuelve²²⁵.

Me permito añadir que, cuando el legislador ha fijado restricciones que contradicen o limitan el derecho constitucional —como el hoy derogado Art. 76 de la LJCA o las

artículo “La tutela judicial efectiva en la Grundgesetz (art.19.IV)”, inserto en la obra citada. Este autor refiere varios fallos que hacen explícitas estas posiciones.

224 *Ibid.*, pp. 114 y 115. El autor argentino toma el fallo reproducido en la obra de Karl P. Sommermann, *La justicia administrativa alemana*, traducida por el profesor Javier Barnés Vásquez.

225 *Ibid.*, p. 115.

insuficiencias de los Arts. 324 y 330 del nuevo COGEP—, el juez no está impedido de aplicar las normas de la Constitución o de los tratados de protección de derechos humanos para que el recurso judicial y la tutela judicial efectiva se cumplan en cada caso concreto, disponiendo la adopción de cualquier género de medidas cautelares.

Pero no solamente los jueces alemanes plantean un antecedente de aplicación ilustrada del derecho constitucional, los tribunales españoles desde hace más de veinte y cinco años han desafiado la legalidad formal, y con apego a las exigencias de justicia han acertado en el ejercicio de un papel creador del Derecho por parte de los jueces, cuando las disposiciones de la Constitución no han sido desarrolladas por el legislador o cuando son contradichas por normas de jerarquía inferior. Al respecto podríamos mencionar los Autos de 20 de diciembre de 1990 y 17 de enero de 1991 de la Tercera Sala del Tribunal Supremo que se han constituido para el contencioso español en *leading cases* sobre esta materia, cuando resolvieron que la atribución de adoptar medidas cautelares está incorporada en el derecho constitucional a una tutela efectiva de derechos, y que los supuestos de apariencia de buen derecho son fundamento suficiente de cualquier medida suspensiva. En igual sentido se pronunciaron los Autos de 21 de marzo de 1991 y 14 de octubre de 1991 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ampliamente analizados por Eduardo García de Enterría²²⁶ y encomiados porque las leyes procesales vigentes a esa fecha aún no habían desarrollado con suficiencia, el derecho constitucional a la tutela judicial.

Con relación a este tema, es de relieves el aporte no solamente de la jurisprudencia referida sino de la doctrina, especialmente los análisis esclarecedores nacidos de la pluma magistral de Eduardo García de Enterría, quizá los mejor sustentados que el pensamiento jurídico ha producido respecto de la tutela judicial en el ámbito contencioso administrativo, contenidos en diecinueve ensayos publicados en distintas revistas especializadas y que posteriormente fueron reunidos en la obra titulada *La batalla por las medidas cautelares*²²⁷.

Esos artículos fueron elaborados en un período de aproximadamente once años (1989-2000) en los que el autor español dibujó con el pulso refinado que siempre le fue característico, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Tribunal Constitucional español, de las Salas de lo

226 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op. cit.*, 2004, pp. 202 a 277.

227 Esta investigación ha utilizado la 3ª edición correspondiente al año 2004.

Contencioso Administrativo de los Tribunales de Justicia y de la Audiencia Nacional de España y planteó varias conclusiones trascendentes al Derecho Administrativo sobre la potestad jurisdiccional de los jueces contencioso administrativos, las medidas cautelares que estos están llamados a dictar en el ejercicio de sus atribuciones, entre otros temas.

García de Enterría señaló que la atribución del juez contencioso de dictar providencias que dispongan el cumplimiento de medidas cautelares, no tiene carácter autónomo ni es una facultad distinta del poder jurisdiccional, pues se trata de una facultad consustancial a la del juez que está llamado a resolver controversias. Como lo decidió la Corte Constitucional francesa, las medidas cautelares son “un simple medio instrumental de hacer que esa decisión de fondo pueda pronunciarse en condiciones de ser efectiva”²²⁸ de lo que concluye el autor español que ni siquiera requieren de una habilitación legal. Esta posición ha sido ratificada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, en sentencia pronunciada el 7 de julio de 1989 dentro del caso *Soering*²²⁹, en que se sometió a juzgamiento del Tribunal de Derechos Humanos, el derecho administrativo inglés. En esta obra, el autor español analiza bajo la perspectiva del Derecho Comunitario Europeo y el proceso Contencioso-Administrativo español, la suspensión de los efectos de los actos administrativos y la necesidad imperiosa de adoptar —finales de los años ochenta— un régimen de medidas cautelares para el efecto. En esos ya lejanos años concluyó que el contencioso español, establecido como un proceso objetivo al acto administrativo, fue definitivamente sustituido en España por una justicia tutelar de derechos subjetivos en virtud del principio de tutela judicial efectiva que consagró el Art. 24 de la Constitución, desde 1978.

El tratadista español destacó que, si bien la Ley de la Jurisdicción española de 1956 no había sido reformada —aquella que mantenía el principio de ejecutividad y el carácter revisor de la legalidad de decisiones previas—, la jurisprudencia de ese país no esperó la reforma legal para resolver lo que la Constitución imponía, esto es, que el derecho a una tutela efectiva había derogado el sistema de un contencioso revisor

228 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *Op cit.*, p.68.

229 Caso *Soering c. Reino Unido* No. 14038/88 Este fallo es uno de los pronunciamientos más trascendentes del Tribunal de Estrasburgo en la defensa de los derechos humanos. La sentencia *Soering* se expidió el 7 de julio de 1989 y trataba la extradición, por parte de las autoridades británicas a Estados Unidos, de un ciudadano alemán sobre el que pesaría una condena a muerte o cadena perpetua, por doble asesinato. El ciudadano alemán fue requerido por las autoridades del Estado de Virginia dado que Jens Soering asesinó a los padres de su novia Elisabeth Hayson, porque impedían su relación. Luego de consumados los delitos, él y su novia huyeron a Reino Unido donde fueron apresados por cometer actos de estafa mediante cheques. Después de que el Estado de Virginia solicitó la extradición, el problema fue planteado al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

de actos administrativos²³⁰. Otras conclusiones de este análisis son las siguientes: que los jueces españoles vienen obligados a disponer de medidas cautelares para asegurar una tutela judicial que haga efectivos los derechos que nacen del Ordenamiento Comunitario Europeo; que la protección cautelar debe otorgarse cuando hay apariencia de buen derecho, *fumus bonis iuris*, pero no solamente la cautela suspensiva de actos, sino el otorgamiento de verdaderos actos reglados, medidas positivas que adopta el juez, incluida la provisión anticipada de todo o parte de aquellas obligaciones dinerarias pendientes por parte de la Administración; que la Administración no puede invocar una excepción de interés público para negar al ciudadano el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva; que varios Tribunales Constitucionales europeos, entre ellos el alemán, el italiano y el francés, han hecho una aplicación plena de ese derecho constitucional; de igual manera, los dos Tribunales europeos, el de Estrasburgo, de Derecho Humanos, y el de Luxemburgo de la Unión Europea, anticipándose a la jurisprudencia de su país señaló —a finales de los años ochenta— que será muy difícil que el Tribunal Constitucional español y los Tribunales de lo Contencioso Administrativo se sustraigan de esta “poderosísima corriente” que viene a proclamar de forma inequívoca un verdadero “principio general del Derecho Europeo”, a lo que me permito añadir con referencia al caso específico de Ecuador: poderosísima corriente que guarda sintonía con la protección que ha establecido la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8.1 y 25) y la Constitución de la República (Arts. 75 y 76 No.7 literal a).

Por su parte, la jurisprudencia argentina, aunque menos abierta que la española o la alemana, también ha tenido el acierto de concebir el papel del juez como una función abiertamente tutelar y no de mero fiscalizador de la legalidad objetiva. Esta posición de la jurisprudencia de ese país resulta meritoria, pues aun cuando la Constitución española no consagra de manera explícita la tutela judicial como lo hace la Constitución ecuatoriana, reiterados pronunciamientos de su más alto tribunal y de los tribunales administrativos de las diferentes provincias parten de que el derecho a la defensa que consagra el artículo 18 de esa Constitución es fundamento suficiente que autoriza al juez a adoptar un régimen de medidas cautelares que impidan daños irreversibles a los accionantes como consecuencia de la duración de los juicios²³¹. Partiendo de esta corriente de pensamiento jurídico, de la jurisprudencia comparada

230 Estos son los Autos de 20 de diciembre de 1990 y de 17 de enero de 1991 de la Tercera Sala del Tribunal Supremo español, el Auto de 21 de marzo de 1991 y de 14 de octubre de 1991 expedido por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco ya mencionados en este libro.

231 Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI. “Las medidas cautelares. Juan Carlos CASSAGNE (director). *Procedimiento y proceso administrativo*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina, 2005, p. 595 y siguientes.

y de los análisis de la doctrina podríamos arribar a varias conclusiones que interesan al Derecho Administrativo ecuatoriano.

La primera: la Constitución, desde 1998, ha instituido el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y que las personas en ningún caso quedarán en indefensión. Para el ámbito de la jurisdicción especializada de lo contencioso administrativo la consagración constitucional de este derecho ha significado un verdadero giro de timón que conmovió las bases del proceso revisor de actos previos para sustituirlo por un proceso tutelar, que conoce y resuelve controversias.

La segunda: la Constitución de Ecuador impone a todos los jueces y tribunales aplicar el principio de jerarquía normativa y las normas de la Constitución de forma directa, aun cuando no se hubieren invocación de parte interesada (Arts. 10, 11 No. 3 y 424), de ahí que, en nuestro sistema contencioso administrativo, los fundamentos constitucionales para que la jurisprudencia vaya diseñando un sistema de medidas cautelares — más allá de la simple suspensión de los actos —, está ampliamente justificada en disposiciones de la más alta jerarquía normativa, incluyéndose en estas las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8.1 y 25).

No se puede desconocer que un régimen de tutela judicial efectiva como ha instituido la Constitución de la República (Art. 75) y el derecho a un recurso judicial efectivo establecido en el marco de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8.1 y 25) imponen la suspensión automática de los actos impugnados en vía judicial, con la sola presentación de la demanda tal como fue en el ámbito del contencioso tributario desde 1975 hasta 2007, en el que lamentablemente la Asamblea Constituyente de Montecristi dictó normas regresivas en materia del derecho humano de defensa y de acceso a la justicia de los contribuyentes. Muchos procesos contencioso administrativos que son consecuencia directa de abusos injustificados, de violaciones a la legalidad, de arbitrariedad o de corrupción administrativa serían eficazmente enfrentados si contáramos con un régimen de medidas cautelares aplicado sin temor por jueces independientes, mediante procedimientos sumarios, provisionales, no accesorios o formando parte de otros procesos que se tengan como principales, cuya decisión provisional no impida el juicio declarativo definitivo.

6. DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

6.1. Consideraciones preliminares

La doctrina ha señalado de manera uniforme que la tutela efectiva de los derechos rebasa las consideraciones puramente formales del acceso a la justicia y alcanza la exigencia de un proceso que respete el derecho de defensa.

La tutela que consagra la Constitución de la República como un derecho de protección (Art. 75), impone también la adopción de un régimen procesal que garantice la eficacia de las sentencias y un genuino equilibrio procesal, en que el paso del tiempo comprometido en la tramitación del proceso no opere injustamente a favor de una parte procesal en desmedro de la otra y que no aventaje a las administraciones públicas que, en condición de accionadas, se benefician del *statu quo* de violación o desconocimiento del derecho, como el deudor que se niega a pagar a sabiendas de que debe. El retardo de la justicia siempre será una ventaja para quien desconoce o irrespeta el derecho, mientras que, para el demandante que acciona, una desventaja, porque debe emprender una acción dentro de un sistema judicial al que hoy por hoy no le interesa si al accionante le corresponde la titularidad del derecho.

La práctica en los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo de Ecuador ha dejado en claro que el tiempo comprometido en la tramitación del juicio, desde la presentación de la demanda hasta la expedición de la sentencia — que toma entre tres y cinco años —, empeora los hechos existentes al momento de iniciación del proceso, situación que se ha venido agravando en los últimos años por reformas legislativas

y, principalmente, por un sinnúmero de resoluciones y arbitrios administrativos con los que el Consejo de la Judicatura ha venido estorbando y malogrando el funcionamiento de estos órganos jurisdiccionales, como son los cambios inconsultos en la organización de los tribunales distritales, resorteos ilegales de causas en trámite, el ejercicio indebido de la potestad disciplinaria, procesos de evaluación apartados de las normas del Código Orgánico de la Función Judicial o procedimientos de selección de jueces destinados a privilegiar a los ahijados políticos, a los parientes de los ministros de Estado o a exempleados públicos obsecuentes con el poder, pero poco preparados en el conocimiento de una materia que exige de alta especialización.

Todas estas circunstancias han sido determinantes para que, en un número creciente de causas, el pronunciamiento del juzgador contencioso retarde injustificadamente, pierda interés para el accionante y prive de toda justificación ontológica al ejercicio jurisdiccional de los tribunales distritales.

Esta situación plantea, en el ámbito de la relación administrativa, la exigencia de que los jueces distritales asuman una potestad jurisdiccional plena, que no excluya la atribución consustancial a su función de adoptar medidas cautelares que mantengan las circunstancias fácticas o jurídicas del caso concreto, a fin de que sus decisiones puedan ser efectivamente cumplidas y de que la tutela judicial declarada en el texto constitucional alcance vigencia efectiva. Para ello, no es necesario reformar el COGEP, aunque sí es indispensable reconocer el rol creador del Derecho que corresponde a la jurisprudencia para dar concreción, en el ámbito del Derecho Administrativo, a los principios que consagra la Convención Americana de Derechos Humanos y la Constitución de la República.

Así, el régimen de medidas cautelares deberá ser asumido como una atribución inherente a la potestad jurisdiccional o como una exigencia de la tutela judicial efectiva y como aplicación estricta del derecho a la seguridad jurídica, establecido por la Constitución como derecho de protección (Art. 82). En una bien lograda síntesis, el autor Manuel Alberto Restrepo Medina, cita al argentino Atilio Anibal Alterini y destaca la importancia de la seguridad jurídica en el funcionamiento de la institución cautelar. Señala que la seguridad jurídica implica la (i) seguridad por medio del Derecho, (ii) la certidumbre y la estabilidad del Derecho: la primera alude a la garantía de la protección de los derechos y de sanción al transgresor bajo las reglas del sistema legal; la segunda se refiere a la existencia de normas ciertas de las que derivan los derechos de las personas y la convicción de su respeto; y la tercera, el Derecho como estabilidad, comprende la existencia de “un sistema legislativo ordenado en el cual

las normas jurídicas son creadas por un órgano competente sujeto a procedimientos reglados, de manera que los cambios sean razonables y previsibles”.²³²

El vínculo teórico que este autor descubre entre la seguridad jurídica y las medidas cautelares se manifiesta en la eficacia de los derechos reconocidos por el sistema jurídico. La activación del proceso judicial para hacer respetar tales derechos debe ser expedita; por ello, los órganos que administran justicia, dentro de las causas que conocen, están obligados a actuar con oportunidad y prontitud dado que “[...] las demoras en la tramitación de estas actuaciones [*harán*] que [...] el reconocimiento efectuado en las sentencias sea inútil”²³³. Bajo estas premisas incontrastables en lo jurídico, se concluye que los tribunales distritales no podrían seguir desentendiéndose por mucho tiempo, de su obligación de aplicar de manera directa e inmediata, los derechos constitucionales de protección en el control de legalidad que ejercen, y adoptar cuando las circunstancias del caso así lo exijan, la medida cautelar que corresponda a la tutela judicial²³⁴ de la controversia concreta, sin que las insuficiencias del Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos autorice a los jueces a negar esa tutela cautelar ni dejar de aplicar “directamente” los principios y derechos constitucionales que inspiran la jurisdicción contencioso administrativa (Constitución, Arts. 11 No. 3, 75 y 82).

Los privilegios de autotutela y ejecutividad que benefician a las entidades del Estado y la presunción de legitimidad de sus actos, determinan que las administraciones públicas se beneficien de un estatus que no debe ni tiene por qué extenderse de la sede administrativa a la sede jurisdiccional, porque de otra manera se fracturaría la igualdad procesal respecto de los administrados que se ven en la necesidad de demandar para impedir que los actos administrativos alcancen firmeza. En estas circunstancias, la demora en la tramitación del juicio contencioso administrativo aventaja indebidamente a la Administración Pública, de la misma manera que los trámites judiciales demorados benefician al deudor moroso con una coraza de protección injusta frente a sus acreedores.

232 Manuel Alberto RESTREPO MEDINA. *Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial*. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2006, p. 14. Estos planteamientos van de la mano de las reflexiones de Enrique PÉREZ LUÑO. *La seguridad jurídica*, 2ª ed. Barcelona: Ed. Ariel Derecho, 1994, p. 30 a 46.

233 Manuel Alberto RESTREPO MEDINA. *Op. cit.*, p. 14.

234 Al respecto, el Art. 11 de la Constitución de la República señala los principios que rigen la aplicación de los derechos constitucionales y destaca en el numeral 3 que los derechos constitucionales “serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte”. Al respecto, el inciso final de este numeral 3 resulta incontrastable para las conclusiones de este análisis: “Los derechos serán plenamente justiciables. No podrá alegarse falta de norma jurídica para justificar su violación o desconocimiento, para desechar la acción por esos hechos ni para negar su reconocimiento”.

¿Cómo romper este círculo vicioso que menoscaba la credibilidad en la justicia y carcome las bases sobre las que se asienta la institucionalidad de nuestro país? En primer lugar, replanteándonos esos privilegios reservados al Estado, concebidos por el Derecho Administrativo hace más de un siglo y que, en mi opinión, están agotados; y en segundo lugar, mediante una acción decidida de los tribunales distritales para utilizar las medidas cautelares, recorriendo los caminos por los que ya han venido transitando, desde hace más de tres décadas, la doctrina y la jurisprudencia comparadas, haciéndolo con fundamento en el Art. 75 de la Constitución y en los Arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Es de insistir en que los privilegios de autotutela, la presunción de legitimidad y la ejecutividad de los actos administrativos no pueden entenderse sin aplicación del derecho a un recurso judicial efectivo que la doctrina de los derechos humanos reconoce a los sujetos de derecho privado. Por ello, las prerrogativas de derecho público que se reservan las Administraciones y que fueron pensadas para el sostenimiento de la relación jurídica en sede administrativa, no pueden trasladarse también, como ocurre hoy en día, como privilegio a la sede contencioso administrativa. Cuando los ciudadanos o las personas jurídicas accionan en sede contenciosa para discutir la legalidad de una decisión administrativa, las administraciones públicas no son sino una parte en el juicio que, en virtud de un principio de igualdad procesal, debe quedar sometida a la autoridad del juez contencioso administrativo en igualdad de condiciones y despojada de privilegios que desequilibren dicha igualdad.

La Teoría General del Proceso ha desarrollado el instituto de las medidas cautelares confrontando el principio de *celeridad* con la exigencia del *acierto* que debe caracterizar a los fallos que dictan los jueces, y ha previsto, para resolver esta dicotomía que plantea la exigencia de la *celeridad* frente a la necesidad de la *certeza*, un conjunto de medidas preventivas de las que pueda valerse el juzgador a fin de alcanzar el ideal de justicia. Al respecto, el tratadista Piero Calamandrei resume magistralmente esa disyuntiva en los términos siguientes:

[...] las dos exigencias frecuentemente opuestas de la justicia, celeridad y ponderación, tienden a ser conciliadas por las medidas cautelares, porque entre hacer las cosas pronto pero mal, y hacerlas bien pero tarde, las providencias cautelares procuran, ante todo, hacerlas pronto dejando el problema del bien y mal, esto es, el de la justicia intrínseca de la decisión, para más tarde, con la necesaria ponderación²³⁵.

235 Piero CALAMANDREI. "Introducción". *Estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Ed. Bibliográfica Argentina, 1945, p. 140, citado por Ramiro SIMÓN PADRÓS. *Op. cit.*, p. 18.

Para la relación jurídico administrativa, la adopción de medidas cautelares permitiría alcanzar dos propósitos jurídicos: por un lado, impediría que el daño al derecho subjetivo incremente o agrave por el tiempo de tramitación de un proceso hasta que llegue la sentencia, con lo cual se aseguraría el cumplimiento del fallo. En este sentido, la cuantía de una eventual responsabilidad extracontractual del Estado siempre disminuirá; por otro lado, atenuaría la ventaja de la Administración que no requiere accionar en juicio para cambiar el *statu quo* controvertido, a diferencia de los administrados que deben demandar para evitar la firmeza y ejecución de las decisiones administrativas que lesionan sus derechos.

No hay fundamento para que el régimen de privilegios reservados a la vía administrativa —y que en mi opinión no son necesarios sino en contadísimas materias y bajo supuestos excepcionales— se traslade al proceso contencioso administrativo porque esto supondría violación del principio de igualdad procesal que los jueces distritales están llamados a precautelar. Sin igualdad procesal no habrá tutela judicial, ni garantías del debido proceso, ni derecho de defensa expedito, menos aún justicia administrativa. Sin igualdad procesal y sin autoridad del juez para hacerla efectiva, perdería sentido la jurisdicción contencioso administrativa y por ello son los jueces de los tribunales distritales los llamados a ejercer sin temor ni favor un ejercicio jurisdiccional pleno, por ser este el mandato de la Constitución (Art. 11 No. 3 y 75) y de la Convención Americana de Derechos Humanos (Arts. 8.1 y 25.1), según el encargo que esos jueces han recibido de la sociedad ecuatoriana.

Por otro lado, es de insistir en aquello que ha sido ya analizado en los capítulos precedentes: la hoy derogada LJCA concibió, desde 1968, un proceso contencioso administrativo revisor de actos previos. Esta concepción objetiva del contencioso, como un juicio al acto, determinó que la reflexión doctrinaria de los administrativistas y las legislaciones positivas hayan orientado su preocupación sobre medidas cautelares referidas solamente a la suspensión de los efectos del acto impugnado, como la medida cautelar más importante —por no decir única— para asegurar la efectividad del pronunciamiento del juez.

El nuevo Código Orgánico General de Procesos es una prueba de que esta versión arcaica del contencioso está enraizada con mucha fuerza en los legisladores, jueces y demás operadores de nuestro sistema. Lamentablemente, en Ecuador, aún no hemos alcanzado una comprensión cabal de que esta jurisdicción especializada dejó de ser un proceso objetivo contra actos previos desde diciembre de 1993 en que se expidió la Ley de Modernización del Estado, momento a partir del cual se incorporaron los

hechos administrativos y los contratos —en que no se exige un acto previo— como materias susceptibles de enjuiciamiento por los tribunales distritales. Más aún, el Art. 38 de esa Ley eliminó la exigencia del agotamiento de la vía administrativa y estableció que cualquier reclamo quedaría sin efecto, con la sola presentación de la demanda contenciosa. Bajo estas premisas de la ley, ¿qué acto administrativo puede ser exigible a los administrados como requisito de procedibilidad de la acción contenciosa administrativa o tributaria?

El tránsito hacia una jurisdicción tutelar de posiciones subjetivas, en las que los tribunales distritales están llamados a *resolver controversias*, quedó confirmado con la Constitución de 1998 que, por primera vez, consagró la tutela judicial efectiva como un derecho fundamental de las personas que activan, a través de sus demandas y pretensiones, la potestad jurisdiccional de jueces, cortes y tribunales (Art. 24 No. 17). La Constitución de 2008 reprodujo un idéntico derecho (Art. 75).

Por tanto, bien sea por la reforma introducida mediante la Ley de Modernización del Estado en diciembre de 1993 que, por primera vez, replanteó el carácter del contencioso administrativo, bien sea por la consagración de la tutela judicial como derecho constitucional, el contencioso ecuatoriano dejó de ser —al menos formalmente— un proceso objetivo de juzgamiento de actos previos, para convertirse en un proceso tutelar de posiciones subjetivas, independientemente de que exista o no un acto administrativo como objeto controvertido. Bastará una controversia planteada entre cualquiera de los entes que integran las administraciones públicas y los administrados para que esta deba ser conocida y resuelta por los tribunales distritales, mediante una decisión de fondo.

El Art. 330 del Código Orgánico General de Procesos, de reciente expedición, ha preferido inscribirse en una versión superada de un contencioso mero revisor de actos previos, menoscabando el derecho constitucional que rige desde 1998: su texto limitó el ámbito de las medidas cautelares a la suspensión de los efectos de los actos administrativos que imponen obligaciones de dar, sin reconocer que en las controversias jurídico administrativas no necesariamente habrá un acto administrativo y que, por esta circunstancia, se impone un régimen de medidas cautelares más amplio, que vaya más allá de la suspensión de actos. La superación del carácter revisor de la justicia administrativa como la concibió la hoy derogada LJCA y su conversión en una jurisdicción tutelar de derechos e intereses legítimos, amplió el objeto de juzgamiento hacia toda pretensión jurídica fundamentada en una relación de derecho administrativo y superó el ámbito restrictivo de controversias surgidas a partir de un acto administrativo que ha causado estado.

La doctrina española y argentina, que han advertido desde hace varios años la evolución del contencioso administrativo a partir del derecho a la tutela judicial efectiva, aportan reflexiones que informan apropiadamente sobre cómo deberíamos empezar a entender este ejercicio jurisdiccional en Ecuador. Varios autores han concluido que el carácter tutelar del contencioso administrativo necesariamente ha extendido el espectro reducido de medidas cautelares suspensivas hacia otras distintas como son las medidas positivas, las medidas autónomas y las provisionales²³⁶. En otras palabras, siendo más amplio el objeto de la pretensión principal en los juicios contencioso administrativos —el Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial expedido en 2009 así lo confirma²³⁷—, se volvió imperativa la adopción y extensión de las cautelas que hagan efectiva la tutela judicial por parte de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Tributario.

6.2. Naturaleza jurídica de las medidas cautelares

Los procesalistas han explicado la naturaleza de la materia cautelar a través de distintos enfoques que podrían agruparse en tres posiciones distintas, en mi opinión, parcialmente conciliables: la materia cautelar considerada como acción, como proceso o como providencia.

6.3.1. Teoría de la acción cautelar

La tesis de la “acción cautelar” o “acción aseguradora”, como la designó el procesalista italiano Giuseppe Chiovenda, plantea que esta no puede considerarse accesorio del derecho garantizado, “porque existe como un poder actual cuando no se sabe si el derecho garantizado existe”²³⁸; y añade que el derecho a la decisión precautoria es uno que corresponde al “[...] Estado, fundado en la necesidad general de la tutela del derecho y la parte no tiene sino el poder actual y autónomo de provocar su ejercicio en el caso concreto”²³⁹.

236 Esta clasificación la he tomado del análisis elaborado por el autor Ramiro SIMÓN PADRÓS. *Op. cit.*, p. 224-421.

237 Este Código fue expedido en marzo de 2009 (R. O. 544-S, 09-03-2009) y en lo que corresponde a las atribuciones de los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, amplió el objeto de los juicios haciendo una casuística de las materias controvertidas, en muchos casos repetitiva, e innecesaria porque se inscribía en una línea que ya inició el Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos de 1993 con una fórmula de redacción más simple y mejor lograda técnicamente.

238 Giuseppe CHIOVENDA. *Instituciones de derecho procesal civil*. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Tomo III. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002, p. 160.

239 *Ibid.* p. 160.

La justificación de la medida cautelar no se basa en la declaratoria de certeza del derecho, sino solamente en su verosimilitud, es decir en la mera apariencia de que tal derecho existe; por ello la acción que la solicita tiene un carácter marcadamente procesal con igual autonomía que la que distingue a la acción declarativa o a la acción ejecutiva.

Esta posición es criticada por Ramiro Simón Padrós. Según el autor argentino, el hecho de que, en el proceso cautelar, falte la certeza del derecho, no constituye razón suficiente para catalogar a la tutela cautelar como una “acción” procesal; y señala como ejemplo que tampoco existe certeza de la existencia del derecho cuando el juez ordena citar con la demanda al accionado y este se ve en la obligación de defenderse aún cuando no tenga obligaciones frente al accionante²⁴⁰.

6.3.2. Teoría del proceso cautelar

La tesis del “proceso cautelar” sustentada por Francesco Carnelutti señala que, a diferencia de los procesos declarativos y ejecutivos que persiguen la composición definitiva de la controversia, el proceso cautelar persigue su composición provisional.

La finalidad compositiva del proceso cautelar puede ser alcanzada —según el acertado análisis de Carnelutti— a través de dos métodos que son contradictorios entre sí: el primero, que impide el cambio de la situación presente, conocido como *proceso cautelar conservativo*; y el segundo, que altera o innova la situación preexistente, conocido como *proceso cautelar innovativo*.

La finalidad del proceso cautelar —que no es otra que asegurar la eficacia y cumplimiento de la decisión final— explica su carácter autónomo y permite a un importante sector de la doctrina concluir que se trata de un tercer género procesal, junto con los procesos *declarativos* y los procesos *ejecutivos*. El autor Ramiro Simón Padrós adhiere a esta tesis²⁴¹ en la que parecerían inscribirse también las reflexiones de Ugo Rocco cuando en la clasificación general que hace de los procesos jurisdiccionales incluye a los *procesos cautelares* o conservativos²⁴² junto a los procesos de *cognición*, de *condena* y de *ejecución*.

240 Ramiro SIMÓN PADRÓS. *Op. cit.*, p. 56.

241 *Ibid.*, p. 59.

242 Ugo ROCCO, *Op. cit.*, pp. 67 y 68.

6.3.3. Teoría de la providencia cautelar

La tesis de que la materia cautelar tenga referencia directa con la “providencia cautelar” parte de dos premisas: (i) de que toda medida cautelar carece de autonomía porque su contenido guarda relación con otro proceso, principal y definitivo; y, (ii) de que la cautela judicial provisoria carece de características propias que le permitan ser considerada como un proceso distinto. El autor Piero Calamandrei y el profesor Julio Comadira fueron, entre otros, destacados tratadistas que defendieron esta tesis.

Sin desconocer el prestigio de esta doctrina, Ramiro Simón Padrós señala que la providencia cautelar tiene un carácter claramente sustancial y extraprocesal en atención a que esta puede provocar una alteración de la realidad fáctica y jurídica preexistente, por lo que, añade el autor, “la especial función del proceso cautelar como instituto destinado a brindar una tutela judicial inmediata, [...] es la que permite distinguirlo de otros tipos de procesos”²⁴³.

Con relación a los procesos cautelares, el mencionado autor señala que la pretensión que la impulsa —a la que denomina acción cautelar— persigue la obtención de una providencia jurisdiccional apta para conservar el estado de hecho y de derecho hasta que se produzca la declaración de certeza y la correspondiente ejecución. Esta finalidad que persigue toda acción cautelar explica la naturaleza de la medida en sí: una respuesta jurisdiccional urgente, inmediata y expedita adoptada con carácter provisional y que tiende a evitar los efectos dañosos de la demora en la obtención de la sentencia definitiva.

6.3. Del concepto y de sus principales características

A partir de las teorías que explican la materia cautelar y de la regulación positiva de distintas leyes en Ecuador, las medidas cautelares podrían ser definidas como actos procesales que un órgano judicial dicta con carácter provisional o transitorio, antes del inicio de un proceso que se mira como principal o durante la tramitación de este, con el propósito de conservar las circunstancias jurídicas o fácticas relativas al pronunciamiento definitivo; o de asegurar el cumplimiento de la decisión final que llegare a adoptar el juzgador; y en cualquiera de esos casos, para hacer efectivo el derecho constitucional a una tutela judicial de los derechos e intereses de quien las solicita.

243 Ramiro SIMÓN PADRÓS. *Op. cit.* p. 58.

El concepto anterior pretende incluir todos aquellos elementos que explican la naturaleza de la tutela cautelar y las características que integran su esencia respecto de las cuales los autores Pablo Gallegos Fedriani y Ramiro Simón Padrós mencionan las siguientes²⁴⁴:

6.3.1. Instrumentales

El proceso cautelar no constituye un fin en sí mismo sino un medio a través del cual se asegura preventivamente el derecho del solicitante que será objeto de pronunciamiento definitivo en un proceso distinto o en una resolución posterior.

El carácter instrumental de esta clase de procesos no se contrapone al principio de economía procesal en virtud del cual el accionante podría solicitar la adopción de la medida cautelar dentro del proceso iniciado, o en el escrito de demanda que da inicio al juicio principal.

El Art. 75 de la derogada LJCA preveía el derecho del administrado de solicitar la suspensión del procedimiento coactivo cuando estuviere en trámite una demanda ante un Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo. Esta solicitud de suspensión cautelar debía ser ejercida dentro del trámite del juicio principal, y la orden de suspensión de la coactiva debía ser ordenada por la Sala del Tribunal que conocía de la causa principal. Es un ejemplo hoy histórico del carácter instrumental de la tutela cautelar que se ejerce dentro del trámite del juicio en que se dictará la decisión definitiva sobre el derecho del accionante.

Actualmente, el Art. 330 del COGEP adopta idéntico carácter instrumental al que traía la derogada LJCA porque contempla que, en el “auto inicial”, el juzgador podrá ordenar la suspensión cautelar del acto impugnado, es decir, como una medida que solamente podría ser dictada dentro del trámite de un juicio principal.

6.3.2. Transitorias y revocables

Del carácter instrumental del proceso cautelar deriva su perfil esencialmente provisional y transitorio de las medidas cautelares, de manera que estas tienen efectos limitados en el tiempo y pueden ser modificadas, sustituidas, reducidas o mejoradas en cualquier momento.

244 Aparte de algunas reflexiones personales sobre el derecho ecuatoriano, el acápite relacionado con las características del juicio cautelar sigue el brillante trabajo de Ramiro SIMÓN PADRÓS. *Op. cit.*, p. 137 y siguientes; y el gran aporte que constituye el artículo escrito por Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI. *Op. cit.*, p. 597.

La providencia que adopta una medida precautoria no produce el efecto de cosa juzgada y su duración estará determinada por el mantenimiento de las circunstancias que justificaron su adopción, de manera que si estas permanecen invariables, la medida cautelar debe ser conservada; pero si las circunstancias varían o desaparecen, la medida podría modificarse, sustituirse o quedar sin efecto. Este último caso refiere a la revocabilidad por eliminación o desaparición de los eventos que en su momento justificaron su adopción.

Es necesario destacar que la variación de las circunstancias no comprende la modificación de las apreciaciones subjetivas del juzgador para valorarlas. En ese sentido, destaco la pertinencia del Art. 132 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente en España que impide dejar sin efecto o modificar las medidas cautelares cuando hubieren variado los criterios de valoración del magistrado que las adoptó. El inc. 2 del Art. 330 del COGEP prevé que motivadamente podría revocarse la medida “en cualquier estado del proceso en tanto se advierta una modificación de las circunstancias que la motivaron”. En consecuencia, al igual que la ley española, el Código Orgánico vigente en Ecuador exige que, para revocar la medida son las circunstancias de orden fáctico, objetivo, las que debieron haber sufrido modificación, mas no las valoraciones subjetivas del juzgador.

6.3.3. No contradictorias

El autor Pablo Gallegos Fedriani destaca que la efectividad de la medida cautelar determina la prescindencia del contradictorio previo, de manera tal que aquella se decretará *inaudita parte*. Así está prevista también la suspensión de los efectos del acto administrativo del analizado Art. 330 del COGEP cuando señala que el juzgador podrá decretarla en el auto inicial.

Para asegurar el objetivo de la medida cautelar, su adopción deberá ser inmediatamente adoptada, luego de que el Tribunal Distrital competente hubiere llegado a la convicción respecto de su procedencia. Ni el principio de la igualdad procesal ni las garantías del debido proceso sufrirían afectación o menoscabo porque, en cualquier momento posterior, la parte afectada puede hacer valer sus derechos e impugnar la cautela dictada, dado que la providencia que la ordenó no causa efectos de cosa juzgada, y puede ser modificada, sustituida o eliminada en cualquier momento.

El Art. 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente en España señala que cuando hay circunstancias de especial urgencia, el juez o tribunal

podrá adoptar la medida sin oír a la otra parte (*inaudita parte*); y que, dentro de tres días de dictada la medida, se convocará a las partes a una comparecencia en que se discutirá el levantamiento, modificación o eliminación de la medida cautelar. Al respecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España ha señalado lo siguiente:

[...] la pretendida indefensión sufrida por los recurrentes al no haber sido oídas en el proceso en que se adoptó la medida cautelar no tiene trascendencia constitucional, ya que, [...] desde la perspectiva del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y a la defensa, el hecho de haber sido oídas con posterioridad impide considerar que se haya producido una verdadera indefensión material como ha reiterado en tan numerosas ocasiones este Tribunal que su cita resulta excusada (Sentencia del Tribunal 218/1994, 18 de julio). En idéntico sentido la STC 14/1992, de 10 de febrero²⁴⁵.

6.3.4. Complementarias

El derecho que se busca conservar o asegurar, podría exigir la adopción de más de una medida cautelar. El juzgador está autorizado para decretar las medidas cautelares y hacerlo en una o varias providencias, de manera que se complementen todas ellas para precautelar eficazmente el resultado que se persigue a través del proceso cautelar.

En un caso concreto, la suspensión de los efectos de un acto administrativo pudiera resultar insuficiente para la debida tutela del derecho del accionante. Por esto, junto a la medida suspensiva que decrete un Tribunal Distrital, este podría válidamente usar otras vías precautorias para cumplir con la tutela efectiva del derecho del solicitante, independientemente de que el Art. 330 del COGEP haya hecho una previsión restrictiva de medidas cautelares circunscribiéndolas indebidamente a la suspensión de los actos administrativos.

6.4. De las clases de medidas cautelares en el contencioso administrativo

La jurisprudencia en Francia, España, Italia y otros países ha reconocido en el proceso cautelar un medio a través del cual pueden ser alcanzadas distintas clases de

245 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Legislación Complementaria (COLEX), 6ª ed., Madrid, 2000, p. 737.

medidas, que, en consideración a la pretensión principal del solicitante, pueden ir más allá de la simple suspensión del acto administrativo y alcanzar la suspensión del acto denegatorio o la adopción de cautelas positivas.

En lo que corresponde al derecho público ecuatoriano, en sede gubernativa, el ER-JAFE prevé que la Administración Pública Central podrá adoptar cualquier género de medidas provisionales (Arts. 139 y 203) para asegurar el cumplimiento de la resolución definitiva, siempre que se cumplan los supuestos previstos en la ley, sin que la amplitud de las atribuciones que establece esta norma hubiere establecido en qué puedan consistir tales medidas.

Partiendo de estas normas que rigen en el procedimiento administrativo, se puede señalar que no hay razón para desconocer al juzgador contencioso administrativo la potestad que el ERJAFE atribuye a los órganos administrativos, de dictar “cualquier género de medidas provisionales”, no solamente porque a los jueces de los tribunales distritales les corresponde la delicada tarea de controlar la legalidad en un Estado de Derecho, sino porque a su autoridad jurisdiccional quedan subordinadas todas las administraciones públicas como parte procesal. En sede jurisdiccional y mientras rigió la LJCA, no existió una norma específica que regule un proceso cautelar ante los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo, aunque sí ha existido, desde 1998, un mandato constitucional implícito, que imponía a esos Tribunales adoptar todas aquellas medidas precautorias que en cada caso particular hubieren sido pertinentes para asegurar el derecho a la tutela judicial efectiva que venía consagrado en el Art. 24 numeral 17 de la Carta Política de 1998 (Constitución de 2008, Art. 75).

El Art. 217 del Código Orgánico de la Función Judicial y anteriormente la Ley de Modernización del Estado de diciembre de 1993, que ampliaron el espectro de relaciones jurídico administrativas susceptibles de la acción contenciosa y fueron más allá de la clásica distinción entre recursos subjetivo y objetivo, plantean la importancia creciente que tiene la identificación de las distintas clases de medidas que, para tan heterogéneas materias, serían admisibles con el fin de tutelar efectivamente los derechos subjetivos o los intereses legítimos de los accionantes.

Curiosamente, el Art. 326 del nuevo Código Orgánico General de Procesos expedido en mayo de 2015 vuelve a la distinción entre acciones de plena jurisdicción y de anulación objetiva o por exceso de poder. Según los criterios expuestos, esa distinción no se compadece con un sistema de cláusula general que rige para el contencioso ecuatoriano desde 1993, ni bajo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. El objeto controvertido no puede quedar circunscrito a la existencia de una decisión

administrativa previa —donde se explicaba la distinción entre acciones subjetiva u objetiva—, sin atender al hecho de que cualquier género de actuación o omisión administrativa del que se produzca afectación a un sujeto de derecho privado debería ser conocido y resuelto por el Tribunal Distrital, en la medida en que sobre tal afectación surge una controversia.

En el ámbito de lo contencioso tributario, el Art. 217 del Código Tributario vigente desde 1975 dejó en claro esta sintonía con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva que se consagraría veinte y tres años después, en la que no se requiere de un acto administrativo para que los jueces de los tribunales distritales Contencioso Tributarios resuelvan controversias entre contribuyentes y administraciones tributarias²⁴⁶.

Estos cambios legislativos han venido planteando, al menos en la teoría, algo que la práctica judicial se ha mostrado renuente de aplicar con decisión: un régimen de medidas cautelares que permitan tutelar adecuadamente los derechos de los justiciables. A continuación se analizarán las distintas clases de medidas desarrolladas tanto por la doctrina como por la jurisprudencia:

6.4.1. Suspensión del acto administrativo

Esta es la medida precautoria que más desarrollo ha merecido por parte de la jurisprudencia y de los tratadistas del Derecho Administrativo, dado que acomete contra el dogma de la ejecutividad de los actos administrativos, y porque el signo tradicionalmente revisor del contencioso determinó que esta jurisdicción fuera habitualmente refractaria a la adopción de medidas cautelares, restringiéndola en casos muy excepcionales a la suspensión de los actos.

Según lo examinado anteriormente, la suspensión en sede jurisdiccional es la cesación total o parcial de los efectos de un determinado acto dispuesta por el juzgador contencioso administrativo en cualquier momento del juicio, a petición de parte y con el propósito de tutelar las pretensiones subjetivas del accionante. De ahí el carácter accesorio de la medida, puesto que siempre estará enderezada a asegurar los resultados de un proceso principal. Es de destacar que no solamente el administrado puede solicitar la adopción de la medida suspensiva. También la Administración estaría autorizada a formular un idéntico pedido al Tribunal Distrital para que este

²⁴⁶ *Vid.* capítulo 5.1. de este libro.

dictamine la suspensión del acto administrativo en los supuestos de una acción de lesividad²⁴⁷.

El Art. 330 inc. 1 del COGEP prevé la suspensión del acto administrativo y que la medida podría ser dictada en el auto inicial, fundado antes que en la certeza, en la sola apariencia de buen derecho.

Los presupuestos de la suspensión ordenada por el juzgador serían la existencia de un acto administrativo ejecutivo, la acreditación razonada o, si fuere del caso, documentada de que la ejecución del acto provocará más daños que los que pudieren ocurrir con la suspensión del mismo, y la “apariencia de buen derecho” (*fumus bonis juris*) que debería justificarse ante el Tribunal.

El COGEP nada prevé sobre la suspensión de actos normativos. Tratándose de una acción en que se llegare a plantear la nulidad del acto normativo, la justificación del *fumus bonis juris* revestirá especial importancia antes de que el juzgador ordene la suspensión. De ahí que la Ley de la Jurisdicción Contenciosa española (Art. 129.2) reconozca la adopción de medidas suspensivas contra disposiciones de carácter general cuando hubieren fundados motivos respecto de su invalidez.

6.4.2. Suspensión del acto denegatorio

El Consejo de Estado francés y los Tribunales españoles fueron renuentes en aceptar la cautela suspensiva de actos denegatorios, es decir, de aquellos en que el órgano administrativo niega la petición o la pretensión que le hubiere sido planteada en sede gubernativa. Para estos casos, los tribunales consideraban que el acto administrativo negativo no afectaba a la esfera jurídica del accionante porque este mantenía la situación jurídica anterior a la denegación.

Al respecto, conviene citar uno de esos repetidos pronunciamientos que hacía el Tribunal Supremo español en esta materia, antes de las reformas de 1998:

[...] la jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que un acto de naturaleza negativa difícilmente es susceptible de suspensión en vía ju-

247 Otra de las magníficas reflexiones de Juan Pablo AGUILAR (*Op. cit.*, 2005, pp. 29-38) sobre el Derecho Administrativo ecuatoriano aparece en su artículo titulado “Apuntes sobre la Acción de Lesividad en la Legislación Ecuatoriana”, en que examina con lógica rigurosa la procedencia de esta acción según las equívocas normas del ERJAFE y la vaguedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

dicial, ya que ello equivaldría al otorgamiento provisional —mientras se sustancia el proceso— de la licencia interesada, cuando la finalidad de la medida cautelar es mantener, si fuera procedente, el *status quo* anterior a la adopción del acto recurrido, que en el presente caso viene determinado por la inexistencia de la licencia interesada (Auto del Tribunal Supremo, de 3 de septiembre de 1992)²⁴⁸.

En el contencioso español, la reforma introducida por la Ley 29/1998 de 13 de julio de 1998 invirtió la posición que hasta ese entonces había mantenido el Tribunal Supremo en este punto y devolvió a los administrados una eficaz herramienta para evitar que estos quedaran en indefensión. Al respecto, la acertada crítica del administrativo Jaime Rodríguez Arana-Muñoz, que con agudeza había censurado la resistencia del Tribunal Supremo a suspender los efectos de actos denegatorios²⁴⁹, anticipó el camino que doce años después seguiría la reforma legal en su país.

El Art. 129.1 de la Ley española que instituye una regla universal de tutelas cautelares no deja duda respecto a la amplísima atribución reconocida a los tribunales para disponer cautelas contra actos administrativos de contenido negativo: “Los interesados podrán solicitar en cualquier grado del proceso la adopción de cuántas medidas aseguren la efectividad de la sentencia”, lo que ha llevado a fundamentar la adopción no solo de cautelas suspensivas sino de verdaderas tutelas de carácter positivo por medio de los cuales se condena provisoriamente a la Administración Pública a otorgar el derecho desestimado²⁵⁰. En el caso ecuatoriano, en que el Art. 330 del COGEP prevé como única medida cautelar la suspensión de los efectos del acto, debo señalar que no hay exclusión de actos denegatorios, por lo que encuentro legalmente factible que los tribunales distritales puedan ordenar la suspensión de los actos denegatorios tal como hacen los jueces contencioso administrativos españoles desde 1998 y con una Constitución menos “garantista” que la que se predica de la expedida en Ecuador en 2008.

248 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Legislación Complementaria (COLEX), 6ª ed., Madrid, 2000, p. 703.

249 Jaime RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ. *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1986.

250 Opinión del autor Mariano BACIGALUPO. *La nueva Tutela Cautelar en el Contencioso Administrativo (Antecedentes, alcance y límites de la reforma operada por la ley 29-1998)*. Madrid: Marcial Pons, 1999, citado por Ramiro SIMÓN PADRÓS. *Op. cit.* p. 319

6.4.3. Medidas cautelares positivas

En el análisis de las medidas cautelares positivas que fueron desarrolladas por el contencioso francés, Eduardo García de Enterría destaca la trascendencia de dos decretos expedidos en septiembre de 1988 y que reformaron el sistema de medidas cautelares en ese país e introdujeron las medidas de *référé expertise* y del *référé provision*²⁵¹.

El *référé expertise* comprende la atribución dada al Presidente de Sala (y no al órgano colegiado) de adoptar medidas necesarias para la realización de un examen pericial o de comprobación de hechos que por el paso del tiempo pudieran diluirse o perderse. En este supuesto, ni siquiera son exigibles los argumentos relativos a la urgencia puesto que bastan las razones de utilidad de la medida para que su adopción quede sobradamente justificada.

El *référé provision* del sistema francés va mas lejos aún, pues autoriza a los magistrados a disponer el pago al acreedor cuando la existencia de la obligación no fuere discutible seriamente; y en estos casos, el juzgador está autorizado a exigir una caución al solicitante de la medida. García de Enterría ha destacado que estas cautelas son accesorias a un proceso principal y tienden a desestimular a aquellos litigantes de mala fe que pretenden valerse de la demora del juicio para aprovechar tiempo y dinero.

Aún sin previsión legal, en mi opinión, nada impide a los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo del Ecuador adoptar medidas cautelares positivas como las que aplica el Consejo de Estado en Francia y que, en nuestro sistema, encontrarían fundamento en el derecho constitucional a una tutela efectiva y, principalmente, en la norma de los Arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

6.5. De los requisitos para adoptar medidas cautelares

El primer requisito se refiere a la apariencia de buen derecho. Para que el órgano juzgador califique favorablemente la tutela cautelar, el solicitante de la medida deberá fundamentar su pedido en la verosimilitud o la apariencia de buen derecho. El órgano jurisdiccional vendrá obligado a valorar esa verosimilitud y a dictar la me-

251 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Op. cit.*, 1992, pp. 165-174

dida cautelar. Esto es lo que la doctrina de los procesalistas identifica como *fumus bonis juris* y el Art. 330 inc. 1 del COGEP lo exige para ordenar la suspensión del acto administrativo. El segundo requisito está relacionado con el daño por demora. El solicitante de la providencia cautelar deberá explicar al juzgador cómo el paso del tiempo hasta obtener un pronunciamiento que declare la certeza de su derecho le provocará daños de difícil o imposible reparación, o acrecentarían la carga económica que el Estado deberá asumir al momento de reparar el daño. Esto es lo que la doctrina identifica bajo la formulación latina *periculum in mora* y también tiene previsión expresa en el inc.1 del Art. 330 del COGEP.

La realidad en que se desenvuelve el contencioso administrativo ecuatoriano, facilita la acreditación de este segundo requisito; por un lado, la duración de los procesos que toma entre dos y cinco años; por otro, la vigencia del principio de ejecutividad de un acto administrativo aún cuando estuviere discutiéndose en juicio su legalidad, da por satisfecha esta exigencia. Estas dos circunstancias, una fáctica y otra derivada de un principio que rige en nuestro sistema de Derecho Administrativo, tornan incontrovertible la justificación del daño por el transcurso del tiempo.

Un tercer requisito, no esencial, es el de la contracautela. Esta se refiere a la caución o garantía que pudiere rendir el solicitante de la medida para asegurar las costas y perjuicios que ocasione la medida precautoria. La exigencia de la contracautela se justificaría, en criterio de esos autores, porque las providencias precautorias solo pueden ser dictadas bajo la responsabilidad de quien pidió la práctica de la medida²⁵².

En mi opinión, esa afirmación es parcialmente correcta porque no puede imputarse responsabilidad exclusiva al peticionario de la medida dado que en el trámite del juicio cautelar no basta la solicitud del accionante; se requiere la decisión del juzgador que, luego de un discernimiento sobre la apariencia de buen derecho y el peligro de eventuales daños por la demora en la obtención de una decisión definitiva adopta la tutela a favor del solicitante de la medida. De ahí que la contracautela no sea exigible como requisito de previo cumplimiento para la validez de la medida cautelar que se llegare a dictar y que sea aconsejable dejar al criterio del juez la determinación de los casos excepcionales en que sea exigible esa caución, el monto de la misma y el momento en que deba rendirse. El Art. 330 del COGEP aplicable al capítulo del proceso contencioso administrativo, no exige contracautela a diferencia del Art. 324 aplicable al proceso contencioso tributario, que indebidamente retrotrae el derecho

252 Pablo O. GALLEGOS FEDRIANI. *Op. cit.* p. 601.

humano de defensa de los contribuyentes a una época anterior a 1975 en que se expidió el Código Tributario y exige el afianzamiento del 10% de la obligación que se discutirá en juicio como condición para que el contribuyente se beneficie de la tutela suspensiva del acto de determinación impugnado. Como se ha analizado en otros acápite de este libro, tal distinción no tiene ninguna justificación y resulta contraria a la progresividad de los derechos constitucionales que consagra el Art. 11 No. 8 de la Constitución.

6.6. El derecho procesal ecuatoriano y las medidas cautelares en el ámbito del contencioso administrativo

Para proyectar todas estas reflexiones doctrinarias relativas al concepto, naturaleza jurídica y tipo de medidas cautelares en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, se estima conveniente analizar la regulación positiva de este instituto en las distintas leyes procesales para identificar si estamos frente a una acción cautelar, a un proceso cautelar a medidas simplemente accesorias.

El análisis sucinto que expongo a continuación, permite concluir que la naturaleza jurídica de las medidas cautelares no ha recibido un tratamiento uniforme en la legislación procesal ecuatoriana porque las leyes que regulan el instituto adoptan una u otra posición doctrinaria, según sea el derecho controvertido o el juzgador llamado a dictarlas.

El análisis que sigue se refiere al derogado Código de Procedimiento Civil, Código Orgánico General de Procesos expedido en 2015 y Ley de Arbitraje y Mediación. En otro acápite, el Código Orgánico Tributario, la Ley de Propiedad Intelectual y, finalmente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. En uno y otro caso me limitaré a identificar los elementos de ese tratamiento diferenciado y sobre la base de la experiencia que aporta la vigencia de estas normas, plantearé un régimen de medidas cautelares para el contencioso administrativo que, en mi opinión, encuentro más apropiado.

6.6.1. Código de Procedimiento Civil, Código Orgánico General de Procesos y Ley de Arbitraje y Mediación

En el ordenamiento procesal ecuatoriano, el instituto de las medidas cautelares ha sido reconocido bajo la denominación de “providencias preventivas” y fueron establecidas para asegurar los resultados de la decisión final del juzgador.

Como una primera conclusión se podría señalar que tanto el Código de Procedimiento Civil como el Orgánico General de Procesos que lo sustituye se apartan de la tesis de la “acción cautelar” y del “proceso cautelar” y adoptan la posición defendida por Piero Calamandrei que sostiene que las medidas cautelares deben guardar relación con un proceso principal, que carecen de las características propias que le permitan ser considerada como un proceso judicial autónomo.

El Código de Procedimiento Civil que rigió hasta el 21 de mayo de 2016, en el Título II, Sección 27 (Arts. 897 a 923) regula un trámite especial para las “Providencias Preventivas” y reproduce normas que se han mantenido en vigencia desde la Codificación de 1953, de las que podrían extraerse las siguientes conclusiones: (i) pueden ser planteadas antes de la presentación de la demanda o en cualquier estado del juicio que ya hubiere iniciado, por tanto son accesorias de un procedimiento que se mira como principal (Art. 897); (ii) se rigen por un principio de tipicidad porque el juzgador estaría autorizado a dictar únicamente las señaladas en la norma del Código, y no otras: retención, secuestro, arraigo o prohibición de enajenar inmuebles²⁵³; (iii) estas medidas podrían caducar si dentro de quince días de ordenadas “no se propone la demanda en lo principal” o si la demanda “dejare de continuarse durante treinta días” (Art. 923).

El Código Orgánico General de Procesos²⁵⁴ de reciente promulgación, derogó al Código de Procedimiento Civil y conserva, en esta materia, idéntica versión del cuerpo legal anterior, atribuyendo a las medidas cautelares una naturaleza jurídica compatible con una providencia judicial antes que la de un proceso cautelar o una acción propiamente tal. Con relación a las “providencias preventivas”, las reglas del Título III del COGEP (Arts. 124 a 133) no actualizaron la legislación procesal y mantienen las mismas normas que han venido rigiendo desde hace más de sesenta años, limitándose a reproducir las disposiciones del derogado Código de Procedimiento Civil que han resultado insuficientes para regular este instituto. Por tanto, y bajo las normas del nuevo Código General de Procesos, las providencias preventivas caducarán si no se propone la demanda en lo principal en el término de quince días desde que fueron ordenadas (Art. 133).

253 En esta materia no se advierten cambios desde hace más de sesenta años. El Código de Procedimiento Civil codificado en 1953 (R. O. 133-S, 07-02-1953) trae normas de idéntico contenido en los Arts. 459 a 464-, al igual que la Codificación de 1960 (R. O. 1202-S de 20-08-1960). El Código de Procedimiento Civil codificado en 1987 (R. O. 687-S de 18 de mayo de 1987) y en 2005 (R. O. 58-S de 12 de julio de 2005) tomaron esas disposiciones que venían rigiendo de los cuerpos legales referidos según se puede apreciar en la comentada Sección 27^a, Arts. 897 a 923.

254 El Código Orgánico General de Procesos está publicado en el R. O. 506-S, 22-05-2015. El Título III (Arts. 124 a 133) introduce normas de contenido muy similar, por no decir idénticas a las que traía el hoy derogado Código de Procedimiento Civil.

No se debe perder de vista que estas providencias preventivas son las aplicables en juicios civiles para el aseguramiento de obligaciones dinerarias²⁵⁵. Aún así, el *COGEP* no asume con el acierto debido, la importancia que hoy en día tanto la doctrina como la legislación positiva de otros países han concedido a la justicia provisional. La acumulación de causas y el retardo en la administración de justicia exigían del Consejo de la Judicatura que presentó el proyecto del nuevo Código y del legislador que lo aprobó, una posición más sintonizada con las exigencias de la doctrina y las circunstancias en las que se desenvuelve el sistema procesal ecuatoriano, para superar la rigidez de unas normas desactualizadas, confiar más en la potestad de los jueces para decidir las causas que conocen y paliar con eficacia las consecuencias dañosas del retardo en la administración de justicia.

En otras palabras, aun manteniendo el sentido de que las cautelas sean consideradas meras “providencias”, esto es, “providencias preventivas” dentro de un proceso principal, bien pudo el legislador aplicar la Constitución y reconocer una mayor atribución a los jueces distritales a fin de que estos adopten medidas cautelares más expeditas para el aseguramiento de los resultados del proceso, que vayan más allá de las taxativamente establecidas en la ley mientras se discute y resuelve el fondo de la controversia. El Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación —en adelante, *LAM*— aun manteniendo para las medidas cautelares una naturaleza idéntica de “providencias” dictadas por un Tribunal Arbitral dentro de un juicio principal, y no concibiéndolas como un proceso o una acción autónoma, superó las reglas inflexibles del procedimiento civil y reconoció a favor de los árbitros una mayor atribución para dictar cualquier medida preventiva que consideren necesaria en cada caso, “para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de este”²⁵⁶.

En la línea de los referidos códigos procesales, la *LAM* no prevé que las cautelas puedan aplicarse fuera de un proceso principal; sin embargo, siguiendo la Ley Modelo de Arbitraje de la *CNUDMI* ²⁵⁷ sobre Arbitraje Comercial Internacional, fue más

255 No de otra manera se puede entender que para ordenar el secuestro o la retención de dinero se deberá probar la existencia del crédito y que los bienes del deudor están en tal estado que no alcanzarán a cubrir la deuda -Art. 125 del *COGEP* y 422 del derogado Código de Procedimiento Civil; o que para dictar la medida de prohibición de enajenar se acompañe la prueba del crédito -Art. 126 del *COGEP* y 422 del derogado Código de Procedimiento Civil.

256 Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 9, incs. 1 y 2.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar los resultados de este. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuere declarada infundada en el laudo. La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de esta, si rinde caución suficiente ante el tribunal [...]”.

257 *CNUDMI* es la sigla de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aunque se

allá de las normas del procedimiento civil porque no enlista qué tipo de providencias preventivas podrían dictar los árbitros y defiere a la prudencia de los Tribunales Arbitrales la facultad de aplicar aquellas que mejor convengan a las circunstancias del caso concreto. Este es uno de los casos infrecuentes que trae nuestra legislación tan penetrada de los extremos del positivismo jurídico, en que el legislador reconoce su limitación de no alcanzar a prever todas las situaciones que pudieren ocurrir en la práctica, y acierta en un ejercicio de modestia que resigna a la autoridad del juez la atribución de establecer, en cada situación que se presente, las medidas cautelares que en su criterio ayuden mejor a precautelar los bienes materia del proceso o los resultados del juicio.

En mi opinión, la potestad de juzgar no puede ni debe quedar sujeta, en todos sus extremos a la imaginación previsiva del legislador solamente, ni se debe esperar que todas las circunstancias de la relación jurídica queden descritas y resueltas en la norma de derecho. El sistema legal debería descansar en un papel más activo del juzgador, y por ello las normas de derecho están llamadas a trasladar a la prudencia del juez los aspectos sustanciales que derivan de la relación procesal —como bien hace la Ley de Arbitraje y Mediación—, dado que será el árbitro y no el legislador el que tenga mayores elementos de juicio para decidir en un sentido más apegado a la justicia, según las circunstancias específicas del caso que está bajo su conocimiento.

6.6.2. El Código Orgánico Tributario

En el ámbito de lo contencioso tributario el Código Orgánico de la materia ha previsto, desde 1975, la facultad de los Tribunales de ordenar la práctica de medidas cautelares con el propósito de precautelar, en situaciones extremas, el cobro de las acreencias del Estado.

El Código atribuye al funcionario ejecutor y al juez contencioso tributario, la facultad de dictar medidas precautelatorias para asegurar el cobro de impuestos dentro del trámite de los procedimientos de ejecución o de una acción contencioso tributaria. Los jueces pueden autorizar tales medidas siempre que haya una solicitud de parte

la conoce por su sigla en inglés *UNICTRAL*. La Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional se adoptó en 1985 aunque en diciembre de 2006 fueron aprobadas algunas enmiendas. El Art. 17 de la Ley Modelo de 1985 que sirvió de base para la redacción del Art. 9 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, tiene el contenido siguiente: “**Artículo 17. Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.**- Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

de la administración tributaria (Art. 247). En consecuencia, estamos frente a unas medidas cautelares pensadas para afianzar el interés fiscal antes que la tutela judicial efectiva de los contribuyentes en razón de que esta quedó protegida con suficiencia a partir de la suspensión automática de todo acto administrativo impugnado en sede contenciosa, a partir del momento de presentación de la demanda, aunque, como se ha analizado en este libro, dicha tutela sufrirá un retroceso a partir de las reformas de diciembre de 2007, con lo cual el equilibrio bien pensado con el que fue diseñado este cuerpo legal quedó fracturado en perjuicio de los contribuyentes.

Las medidas cautelares en materia tributaria —al igual que en el procedimiento civil— se sujetan al principio de tipicidad, pues solamente pueden dictarse las previstas en el Art. 164 del Código Tributario: arraigo, prohibición de ausentarse, secuestro, retención y prohibición de enajenar inmuebles.

Sobre la prohibición de ausentarse es necesario señalar que la Constitución prevé el derecho de toda persona de transitar por el territorio, así como el de entrar y salir del país. “La prohibición de salir del país solo podrá ser ordenada por juez competente” (Art. 66 No. 14). Por tanto, esta medida cautelar para el aseguramiento de obligaciones tributarias, solamente podrían dictarla los jueces de los tribunales distritales de lo Contencioso Tributario y no como ocurre en la práctica, los funcionarios administrativos como son los recaudadores del Servicio de Rentas Internas o de los municipios del país.

Si la medida cautelar de prohibición de ausentarse del país la dictare un funcionario administrativo y no el juez distrital, dicha medida violaría el derecho constitucional de libertad de tránsito consagrado en el Art. 66 No. 24, no podría cumplirse por parte de las autoridades de migración, por cuanto carecería de valor jurídico. Bajo este supuesto, los daños que se llegaren a provocar a las personas harían responsables civiles a los funcionarios que las dictaren y a los órganos de la Dirección de Migración que las aplicaren. La naturaleza de las medidas cautelares del contencioso tributario corresponde a la de simples providencias que se dictan dentro de un juicio principal ya fuere de ejecución coactiva o uno de conocimiento contencioso tributario, por tanto no comportan un proceso autónomo; y podrían cesar si los contribuyentes afectados afianzan las obligaciones por un valor que cubra el principal más intereses causados hasta la fecha y un 10% adicional por intereses a devengarse más las costas (Art. 248).

Según se ha señalado, las medidas cautelares comentadas no han sido pensadas para proteger a los contribuyentes sino para asegurar el cobro de los impuestos y esto es

así porque cuando se expidió este cuerpo legal, los administrados estaban beneficiados de la suspensión inmediata de los efectos del acto administrativo impugnado (Art. 247) y por tanto ninguna medida cautelar podía adoptarse mientras se discutía el derecho del contribuyente, mientras no había un acto firme o una sentencia ejecutoriada. En otras palabras, en el diseño del proceso contencioso tributario en que se discute la prerrogativa pública de cobrar una obligación dineraria, el derecho de defensa del contribuyente estaba asegurado con la suspensión automática del acto impugnado mientras se tramitaba el juicio; por ello, la medida cautelar solamente podría entenderse para hacer efectivo el cobro del tributo y bajo este esquema no hacía falta que el régimen de cautelas proteja al contribuyente. Lamentablemente, a partir de 2007, se produjo un retroceso en esta materia que toca derechos fundamentales del contribuyente (defensa, tutela judicial efectiva) porque se les ha impuesto, indebidamente, rendir una caución del 10% para alcanzar la suspensión de los efectos del acto impugnado, pisoteando el principio de progresividad de los derechos humanos que proclama el Art. 11 No. 8 de la Constitución.

La reforma introducida por el Código Orgánico General de Procesos, en el sentido de que el juicio contencioso tributario en lugar de archivarse pueda continuar sin haber rendido la caución, sigue siendo un retroceso respecto del Código de 1975 porque de todas maneras el acto de determinación tributaria o de sanción se ejecutará, desentendiéndose de la existencia de un proceso que ya ha sido sometido a la decisión de un Tribunal Distrital y por ello esta disposición comporta una negación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva de los contribuyentes.

6.6.3. Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

Las medidas cautelares reguladas en esta Ley Orgánica²⁵⁸ tienen como propósito evitar o cesar la amenaza o violación de los derechos reconocidos en la Constitución y en instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Art. 26).

Su competencia para dictarlas corresponde a los jueces de primera instancia que conocen y resuelven sobre garantías jurisdiccionales, con competencia en el lugar donde se origina la actuación u omisión o donde produjere sus efectos (Art. 7).

En esta ley, a diferencia de otras que han sido analizadas en este capítulo, el legislador prefirió utilizar la denominación “medidas cautelares” y no la de “providen-

258 La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. R. O. 52, de 22 de octubre de 2009. El Capítulo II del Título II trata sobre las “Medidas cautelares” y las regula desde el Art.26 hasta el 38 inclusive.

cias preventivas” y otorgarles una doble naturaleza jurídica: por un lado, tratándolas como una acción independiente y, simultáneamente, como una “providencia” dictada dentro de otro proceso de garantías jurisdiccionales (protección, *habeas data*, etc.), que se mira como principal. El inc. 2 del Art. 32 confirma esta doble naturaleza al señalar que estas medidas podrán ser solicitadas “conjuntamente con el requerimiento de cualquiera de las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución cuando tenga por objeto detener la violación del derecho”. El futuro simple del modo indicativo que utiliza el legislador con la palabra “podrán”, no excluye el supuesto de que también “podrán” dictarse medidas cautelares sin referencia a un proceso de garantías jurisdiccionales, tal como ocurre en la práctica. Por ello, el instituto ha sido regulado en esta Ley Orgánica no solamente como una “providencia” sino como una verdadera acción cautelar.

En esta línea podríamos concluir que, para la protección de derechos constitucionales o de los reconocidos en tratados internacionales sobre derechos humanos, la ley ecuatoriana estableció un régimen de “medidas cautelares” bajo la tesis de Giuseppe Chiovenda, porque la garantía existe como un poder actual cuando no se sabe si el derecho garantizado existe. Así, la potestad de la decisión precautoria está “[...] fundad(a) en la necesidad general de la tutela del derecho y la parte no tiene sino el poder actual y autónomo de provocar su ejercicio en el caso concreto”²⁵⁹.

Como se ha señalado en otro acápite de este libro²⁶⁰ la medida cautelar para proteger derechos constitucionales, entendida como “acción cautelar” ha resultado inconveniente y ha abierto la puerta para un número significativo de concupiscencias entre jueces y abogados para extorsionar a sujetos de derecho privado, normalmente empresas.

A través de estas acciones para obtener de un juez la aplicación de “medidas cautelares” se han ventilado una serie de conflictos que guardan poca relación con el derecho constitucional que afirman proteger pero mucha con el interés de hacerse con jugosas cantidades de dinero: pretensiones millonarias para obtener utilidades de empresas a favor de supuestos trabajadores esquivando a la jurisdicción de los jueces de trabajo, indemnizaciones económicas en contratos mercantiles para no usar la jurisdicción civil, conflictos relacionados con servicios de transporte y otras inconfesables pretensiones cuyos escándalos han llegado a afectar la credibilidad no solamente de los jueces de instancia, sino de la Corte Constitucional.

259 Giuseppe CHIOVENDA. *Op. cit.* p. 160.

260 *Vid.* capítulo 4 el acápite 4.2.

En mi opinión, las medidas cautelares para la protección del derecho constitucional son indispensables en un Estado de Derecho, y los jueces deben tener la más amplia atribución para dictarlas. Pero, la naturaleza de este instituto no debería corresponder a una acción autónoma como ocurre en la práctica, sino solamente a la de una mera “providencia” dictada dentro de una acción de garantías jurisdiccionales que se mire como principal, por lo que una mínima reforma al texto del Art. 32 inc. 2 comentado podría cerrar la puerta de la corrupción que actualmente existe en esta materia.

6.6.4. Ley de Propiedad Intelectual

En materia de medidas cautelares esta Ley²⁶¹ fija su naturaleza jurídica tomándolas como simples “providencias preventivas” antes que como acciones procesales autónomas. En este punto, las reglas de esta Ley guardan conformidad con el planteamiento doctrinario de Piero Calamandrei y coinciden con la regulación del Código Orgánico General de Procesos y de la LAM. Más aún, fija como normas supletorias de esta sección las del Código de Procedimiento Civil con las modificaciones que trae la ley (Art. 305).

La Ley de Propiedad Intelectual prevé que el juez podría solicitar al actor que rinda fianza o garantía suficiente para evitar un abuso que lesione los derechos del demandado (Art. 307), previsión recomendable en controversias entre sujetos de derecho privado; acierta en reconocer a favor del juez, amplias atribuciones para dictar las medidas “que fueren necesarias para la protección urgente de [los] derechos” (Art. 308), y esto supone un adelanto que supera el principio de tipicidad; y, fija un efecto de caducidad si es que dentro del término de quince días de ejecutadas “no se propone la demanda en lo principal” (Art. 314).

Tanto la Ley de Arbitraje y Mediación como la Ley de Propiedad Intelectual aportan en esta materia una perspectiva favorable a la atribución del juez de modo que este cuente con jurisdicción plena para decidir las medidas que más se ajusten a las circunstancias particulares de cada caso, sin la rigidez que impone el principio de tipicidad para que la potestad jurisdiccional del juez no quede constreñida a las formas previstas por el legislador. El instituto de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo debería seguir esta figura para asegurar al juez distrital un ámbito de potestad jurisdiccional mayor del restrictivo previsto en el Art. 330 del COGEP.

²⁶¹La codificación de la Ley de Propiedad Intelectual fue publicada en el Suplemento del Registro Oficial 426 de 10 de febrero de 2014.

6.7. Medidas cautelares contra ley, pero siempre según la Constitución

6.7.1. Planteamiento del problema

Existen tres argumentos que llevan a la conclusión jurídicamente incontrastable de que los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo tienen atribución sustentada en Derecho para dictar medidas cautelares en los casos que conocen: el primero, el derecho constitucional de defensa y la tutela judicial efectiva (Art. 75), el segundo, la plena impugnabilidad de los actos administrativos (Art. 173) en un régimen que adopta la división de poderes (Arts. 167 y 118) y, el tercero, la potestad jurisdiccional que corresponde a los jueces contencioso administrativos para juzgar y ejecutar lo juzgado, sin embargo, en la práctica, los jueces no la ejercen porque existe un generalizado entendimiento de que las leyes secundarias no franquearían el ejercicio de dicha atribución, en los términos que plantea esta investigación.

El Art. 76 de la LJCA que dispuso la ejecución del acto impugnado no se suspende con la interposición de la demanda contencioso administrativa o el Art. 330 del nuevo COGEP que prevé solamente una tutela suspensiva excepcional constituirían aparentemente el obstáculo formal que impediría al contencioso ecuatoriano decantarse a favor del derecho constitucional de quienes accionan en vía jurisdiccional para discutir la legalidad de actuaciones administrativas previas desconociendo al proceso en que se discute su legalidad, como si este no existiera. Frente a esta situación que día por día angustia la defensa de esos administrados porque no encuentran en la jurisdicción contencioso administrativa la tutela judicial que otros sistemas ya vienen aplicando, debemos subrayar que ese derecho constitucional —que adicionalmente es derecho humano consagrado por el Derecho Internacional Americano—, el de contar con un recurso judicial que sea efectivo, es de directa e inmediata aplicación por parte de los jueces, independientemente de las restricciones que pudieren traer las normas legales secundarias como los Arts. 323 o 330 del COGEP o el Art. 76 de la derogada LJCA. En otras palabras, una aplicación directa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y la prohibición de que los accionantes queden en indefensión, impone a los jueces distritales de lo contencioso administrativo ejercer su atribución jurisdiccional de dictar medidas cautelares, más allá de las restricciones que traen las leyes adjetivas secundarias, en cada caso en que ellos adviertan la necesidad de precautelar el derecho constitucional del justiciable.

El planteamiento jurídico precedente no es inédito. La jurisprudencia de la Sala de lo Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia de Ecuador dio pasos muy

importantes para resolver conflictos administrativos contra *legem* pero siempre *secundum Constitutionem* en lo relativo al juzgamiento de la discrecionalidad. En este caso, la Constitución establecía un derecho de los particulares de impugnar en sede judicial los actos administrativos mientras que el Art. 6 de la LJCA preveía que los actos derivados del ejercicio de una potestad discrecional no son susceptibles del recurso contencioso administrativo.

A continuación analizaré en qué consiste el juzgamiento del control de la discrecionalidad y examinaré las sentencias de la Sala de lo Administrativo sobre esta importante materia, con el propósito de demostrar que ha habido precedentes de aplicación de reglas constitucionales por sobre las disposiciones restrictivas de las leyes secundarias.

6.7.2. A modo de ejemplo: el juzgamiento de la discrecionalidad

El juzgamiento de la discrecionalidad es de aquellos temas que a partir de mayo de 2002 dejó de constituir una rémora del contencioso administrativo, gracias a la acertada jurisprudencia de la Sala de lo Administrativo de la hoy extinta Corte Suprema de Justicia. Esos pronunciamientos respaldan la tesis de que no es necesaria la reforma legal, cuando la decisión del juez aplica directamente las normas de la Constitución y precautela la plena justiciabilidad de las actuaciones de la Administración Pública, por sobre lo que pudiere establecer una norma anacrónica de la ley.

Referiré esta materia como un problema resuelto en el ámbito de la jurisdicción contenciosa, porque han transcurrido diez años desde el último pronunciamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia y sería de esperar la continuidad de estos criterios. En procura de una renovada jurisprudencia de la nueva Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia —después de la reciente renovación de la Función Judicial—, debemos insistir en la desactualización en la que se encontraban las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa hasta mayo de 2015 en que fue derogada, respecto de la exclusión del control de legalidad de la potestad discrecional que el Art. 6 mantenía vigente. Para ello, ensayaré algunas nociones doctrinales que permitan comprender la importancia de este tema y su vinculación con reglas constitucionales.

Por oposición a la “potestad reglada” en la que la ley define la actuación administrativa de manera completa y prevé una sola solución jurídicamente precisa y correcta, la “potestad discrecional” es aquella en que la ley no fija el resultado de la actuación

administrativa porque defiere a la apreciación del órgano administrativo, la adopción de la decisión que la Administración Pública considere más ajustada al Derecho y a la conveniencia del servicio público²⁶².

Se debe aclarar que el instituto de la discrecionalidad administrativa no es producto de la insuficiencia legislativa, sino una herramienta de gestión pública donde la norma legal opta por delegar a la Administración una facultad de decidir en una situación concreta, la mejor alternativa en una determinada materia²⁶³, atribuyéndole un margen “de apreciación de la oportunidad de la acción con relación al interés público”²⁶⁴.

Según lo anterior, la sujeción de la Administración Pública al principio de legalidad no le exime de su obligación de discernir entre varias alternativas, y escoger la opción que mejor se avenga a los fines previstos en la ley —y siempre que la norma legal hubiere previsto esta atribución—. Es de insistir que esas opciones que se presentan al discernimiento de la administración deberán ser jurídicamente válidas todas ellas, pues de otra manera ya no estaríamos frente al ejercicio de la discrecionalidad que parte de la premisa de que las opciones deberán ser todas ellas conformes con el orden jurídico. Sin embargo, no se puede dejar de subrayar la inconveniencia de que las leyes extiendan cada vez más atribuciones discrecionales a la Administración. Un Estado de Derecho debería restringir al máximo este tipo de potestades y circunscribirlas a materias muy específicas y excepcionales, partiendo de la premisa de que el Estado no puede asumir competencias en áreas en las que los sujetos de derecho privado bien pueden desplegar tal actividad, menos aún investirse del privilegio de la discrecionalidad. En ese ejercicio en que, previamente la ley ha confiado al administrador la atribución para decidir discrecionalmente entre diversas alternativas —legales todas ellas—, la actuación del poder podría apartarse de las finalidades de la ley o lesionar injustificadamente derechos reconocidos por el ordenamiento.

Frente a esta situación, ¿cómo se pueden corregir los actos discrecionales que resultaren arbitrarios, es decir, contrarios a derecho? El contencioso español, siguiendo

262 Luciano PAREJO ALONSO. *Derecho Administrativo*. 1ª ed. Barcelona: Ed. Ariel S. A., 2003, p. 622. Los elementos de la definición de potestad reglada y potestad discrecional que constan en este análisis, siguen, básicamente, el razonamiento de este autor español

263 Oscar Eduardo VARGAS ROZO. “Discrecionalidad administrativa: naturaleza, límites y garantías ciudadanas”. *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Colección de Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005, pp. 342 y 343.

264 Renato ALESSI. *Instituciones de Derecho Administrativo*, Tomo I. Barcelona: Ed. Bosh, p. 189, citado por Oscar Eduardo VARGAS ROZO. *Op. cit.*, p. 343

el sentido que inicialmente adoptó el Consejo de Estado en Francia, eliminó toda posibilidad de impugnar los actos discrecionales, y aunque estos sistemas ya han eliminado tales restricciones desde hace varias décadas, la ley ecuatoriana mantuvo su normativa por más de cuarenta años con esta rígida y lamentable restricción.

Desde 1968, el Art. 6 literal a) de la LJCA excluyó de la jurisdicción contencioso administrativa las materias y actos que procedan de la potestad discrecional de la administración; y el Art. 7 enumeró las materias que comportan el ejercicio de atribuciones discrecionales: (i) las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, (ii) las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, salvo las regladas por la ley y, (iii) las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley, a funcionarios que presten servicios especiales. Fundamentados en estas normas, varios Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, hasta época relativamente reciente, desestimaban toda impugnación de actos expedidos en ejercicio de la potestad discrecional.

Las mencionadas disposiciones legales resultan inadmisibles en un Estado de Derecho en que la Administración Pública está sometida al control de legalidad que ejercen los jueces contencioso administrativos, más aún cuando la doctrina ha destacado que, en todo acto administrativo, están presentes elementos reglados y discrecionales en mayor o menor medida, sin que haya razón jurídica que justifique que sobre los elementos reglados de un acto discrecional no haya control de legalidad. En otra perspectiva, en ningún acto —aún los considerados predominantemente discrecionales— dejan de existir elementos reglados respecto de los cuales el juzgador puede y debe fiscalizar.

Contra la inmunidad jurisdiccional de los actos discrecionales que había previsto la ley española —que inspiró al Art. 6 de la LJCA de Ecuador—, reflexionó Eduardo García de Enterría en 1962 en una célebre conferencia que dictó en la Universidad de Barcelona titulada *La lucha contra las inmunidades del poder*. Desde aquel entonces, el tratadista español abogó por la plena justiciabilidad de los actos discrecionales y destacó que “no hay acto sin potestad previa ni potestad que no haya sido positivamente atribuida por el ordenamiento”²⁶⁵. De aquí tenemos que en todo acto discrecional existen elementos reglados: el primer elemento reglado es la existencia de la potestad, el segundo es el ámbito de ejercicio de esa potestad y el tercero, la

265 Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3ª. ed. Madrid: Ed. Civitas, [1962] 2004 (reimpresión), p.30. La fuerza de su análisis ha convertido esta obra en un referente doctrinal del Derecho Administrativo contemporáneo.

competencia específica para ejercerlo²⁶⁶. Estas reflexiones de la doctrina permiten apreciar que la potestad discrecional no podría ser asumida como una facultad administrativa ejercida por ausencia de norma. La discrecionalidad exige como primera condición la previsión legislativa, esto es, la norma de la ley que la hubiere autorizado, que hubiere previsto la potestad y señalado el ámbito de su ejercicio y el órgano con atribuciones para el efecto, caso contrario no estaríamos frente a un acto discrecional sino frente a un acto arbitrario. Adicionalmente, el ordenamiento legal prevé también la finalidad que deben perseguir las actuaciones discrecionales de manera que, apartándose de aquellas se incurriría en desviación de poder y viciaría de anulabilidad la decisión administrativa²⁶⁷.

Siguiendo a García de Enterría, es de relieves que junto con el control de los elementos reglados del acto que ha sido explicado anteriormente, habría al menos tres técnicas adicionales de revisión jurisdiccional de actos discrecionales como son (i) el control de los hechos determinantes, (i) la existencia de conceptos jurídicos indeterminados y (ii) los principios generales del derecho.

Sobre el control de los hechos determinantes debemos señalar que corresponde a la ley definir el supuesto para que se aplique la norma u ocurra una determinada consecuencia jurídica. La potestad discrecional de la Administración no le alcanza para inventar o distorsionar la realidad, es decir, para discernir arbitrariamente si en la realidad ha ocurrido o no el supuesto previsto en la norma. Su potestad discrecional arrancará solamente a partir del momento en que el supuesto legalmente establecido hubiere efectivamente ocurrido en la realidad y solamente allí podrá escoger las alternativas o soluciones admisibles según los fines perseguidos por la ley.

El control jurisdiccional que correspondería al contencioso administrativo apuntaría a establecer en sentencia, si el supuesto legal ocurrió o no en la realidad. Si la actuación administrativa se hubiere basado en un supuesto no ocurrido habría quedado viciada de nulidad o, en su caso, de anulabilidad. En lo que tiene relación con los conceptos jurídicos indeterminados, Luciano Parejo Alonso nos recuerda que después de la segunda posguerra, Alemania Federal construyó determinadas cláusulas generales como salud pública, orden público, bienestar general, para conferir ciertas facultades discrecionales a la Administración²⁶⁸.

266 *Ibid.*, p. 31.

267 *Vid.* Arts. 95 y 131 numeral 1 del Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (R. O. 536, 18-03-2002).

268 Luciano PAREJO ALONSO. *Op. cit.* pp. 624 y 625

En mi opinión, esto que nació para atender una necesidad transitoria (como es el caso de una sociedad que sobrevive a una guerra devastadora) ordinariamente degenera en estructuras administrativas y competencias permanentes, y el Derecho Administrativo en lugar de plantearse un mecanismo eficaz para devolver al ámbito del derecho privado estas actividades, se preocupa en fórmulas orientadas a paliar el problema derivado de un espectro cada vez más amplio de atribuciones discrecionales, es decir, de girar en el círculo vicioso de un Estado que crece sin control. El hecho objetivo es que las leyes alimentan una práctica administrativa cada vez más extendida, crean conceptos indeterminados como “conveniencia a los intereses institucionales”, “buena fe”, “buen vivir”, “interés social”, “equilibrio de los ecosistemas” etc., de los que necesariamente nacen márgenes de apreciación interpretativa a cargo de órganos administrativos, debido a la imposibilidad del legislador de prever en una norma todos los supuestos a que da lugar esta regulación, tan ubicua como irresponsable. El control judicial de la legalidad respecto de las decisiones administrativas relativas a esos conceptos indeterminados, deberá examinar la motivación del acto administrativo, la razonabilidad expresada en los fundamentos de la decisión y sobre ella el juez bien puede corregir la decisión administrativa por falta de motivación o motivación indebida, si se apartare de principios jurídicos o de las finalidades del orden legal.

Respecto de los principios generales del Derecho como técnica de control de los actos discrecionales, hemos de mencionar que todas las actuaciones administrativas quedan sometidas no solamente a la Ley sino al Derecho. Si los principios generales del Derecho informan el contenido de todo el ordenamiento jurídico, aportarán herramientas para el control de legalidad, y si la decisión administrativa producto de una potestad discrecional, contradice un principio general del Derecho, sobre la base de ese principio, el juzgador contencioso tiene plenas atribuciones para corregir esa actuación, declarándola contraria a Derecho.

Ventajosamente, la jurisprudencia de la Sala de lo Administrativo de la exCorte Suprema de Justicia acertó en inaplicar la disposición del Art. 6 literal a) de la LJCA, y en repetidos fallos que constituyen un precedente jurisprudencial obligatorio que ha sentado el criterio de que la discrecionalidad no es equivalente a exención de control judicial y ha negado carácter ilimitado al ejercicio de potestades discrecionales, más allá del texto restrictivo de la LJCA, la Corte concluyó que los actos discrecionales sí son objeto de impugnación contenciosa. Estos fallos son los siguientes: *Juan Tama Márquez (procurador judicial) - Municipio de Cuenca, G.J. Serie XVII No. 9 de 31-05-2002*

El Dr. Juan Tama Márquez, procurador judicial de Carlos Fabián Flores Torres y Ondina Marisol Segarra siguió un juicio en contra del Municipio de Cuenca en que había impugnado la negativa de esa entidad a cambiar el uso de suelo de un inmueble respecto del cual se había autorizado la construcción de una gasolinera. El Tribunal Distrital No. 3 de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca, declaró sin lugar la acción deducida porque consideró que la demanda no tenía carácter subjetivo al versar sobre el cambio de uso de suelo, sino carácter objetivo.

La Sala de lo Administrativo de la extinta Corte Suprema de Justicia resolvió que aunque el accionante hubiere equivocado en la designación del recurso contencioso, correspondía al Tribunal Distrital calificar el tipo de recurso que jurídicamente correspondía según su pretensión; y encontró que en el caso concreto, si bien el cambio de uso de suelo no afecta derechos subjetivos de ningún administrado, era evidente que los recurrentes tenían interés directo y estaban legitimados para interponer el recurso objetivo.

En lo de fondo, la sentencia de casación decidió que si bien la Municipalidad de Cuenca procedió a tramitar una serie de informes, todos ellos tendientes a establecer la viabilidad física del proyecto, incluyendo la determinación, por parte de la Dirección de Hidrocarburos del cumplimiento de los requisitos exigidos para la ubicación de las gasolineras, omitió establecer la incidencia que el uso de suelo pretendido podría tener respecto de los vecinos del lugar y las viviendas ubicadas alrededor de la proyectada gasolinera. La Sala resolvió que esta omisión derivó en desviación de poder porque afectaba la finalidad que perseguía la ley que confirió a los municipios el ejercicio de esta potestad discrecional, y con fundamento en el Art. 12 de la Ley de Régimen Municipal, la Sala casó la sentencia y declaró la nulidad del acto administrativo impugnado.

Jaime Izurieta - Municipio de Quito, G.J. Serie XVII, No. 10 de 25 -07- 2002

En este caso, el señor Jaime Izurieta y otros demandaron al Municipio de Quito e impugnaron una sanción por construcción de obras, supuestamente sin planos aprobados por el Municipio ni sujeción a las normas de zonificación. La Primera Sala del Tribunal Distrital No. 1 aceptó la demanda porque declaró la nulidad del procedimiento administrativo adoptado por la autoridad municipal.

El Alcalde de Quito y el Procurador Metropolitano dedujeron recurso de casación en contra de la sentencia, aparentemente argumentando que las sanciones impuestas a

los recurrentes habrían tenido fundamento en el ejercicio de potestades discrecionales, excluidas del control contencioso administrativo.

Con apropiado criterio, la Sala aclaró al Municipio algo que resulta jurídicamente incontrovertible: los Arts. 161 y 11.162 del llamado Código Municipal para el Distrito, Metropolitano de Quito, referidos a la facultad de la municipalidad para castigar con multa equivalente al cien por ciento de la garantía que debió otorgar el constructor, y los Arts. 2 y 8 de la Ley de Régimen para el Distrito Metropolitano de Quito referido a las finalidades del Municipio Metropolitano de Quito, no prevén facultades discrecionales, y sobre esta ausencia de normas que atribuyan dicha potestad en esta materia, rechazó el recurso de casación interpuesto no sin antes defender la tesis de que ningún acto administrativo queda exento de control judicial.

La Sala invocó la doctrina según la cual en todo acto administrativo, en mayor o menor grado, pueden existir elementos discrecionales al igual que elementos reglados que determinan el que ningún acto administrativo pueda quedar exento de control judicial. Señaló también que en esta nueva corriente se inscribe nuestra legislación positiva cuando en el Art. 6 lit. a) se refiere no a los “actos discrecionales” sino a “las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales proceden o de la materia sobre que versen, se refieren a la potestad discrecional de la administración”. En este razonamiento, la Sala trata de adaptar la ley al sentido de la decisión adoptada, cuando resultaba evidente que el texto del Art. 6 de la hoy derogada LJCA excluyó el control judicial. Así, acertó en señalar que todos los actos administrativos tienen como único origen la ley, y que cualquier acto realizado fuera de la ley es arbitrario y nulo, de nulidad absoluta. Siendo la ley el único origen de los actos administrativos, los elementos discrecionales presentes en cualquier acto, no pueden excluir el control sobre los elementos reglados que sí son susceptibles de control.

Eduardo González Abad - Autoridad Portuaria de Guayaquil, G.J. Serie XVII, No. 15 de 08 -03- 2004;

El Señor Eduardo González Abad habría presentado una demanda contencioso administrativa en contra de una resolución del Comité de Contratación de Autoridad Portuaria de Guayaquil de 14 de abril de 1999 que realizó la adjudicación No. 07-98 APG de “Contratación de la repavimentación del área de prealmacenamiento de contenedores A. P. O” a favor de un tercero. La Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de Guayaquil dictó sentencia aceptado los fundamentos de la demanda.

La Autoridad Portuaria de Guayaquil, a través de sus personeros, interpuso recurso de casación contra la sentencia, alegando aplicación indebida del Art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa entre otras normas, esto es, invocando el ejercicio de facultades discrecionales al momento de adjudicación del contrato y defendiendo el argumento de que la jurisdicción contenciosa no puede controlar la legalidad de ese tipo de actuaciones.

La Sala analizó el tema y recurrió a los antecedentes de la expedición de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa cuando se encontraba vigente la Constitución de 1967. Destacó que en aquella época no eran susceptibles de control los actos dictados en ejercicio de facultades discrecionales y que eso “constituía un regazo de los regímenes absolutistas que gobernaron en el continente europeo”.

Mencionó que el Congreso Nacional introdujo el Art. 196 de la Constitución Política del Estado a partir de 1984 (Art. 173 de la Constitución vigente), en el cual se estableció que los actos administrativos podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, de esta manera por disposición constitucional, todos los actos de la administración deberán ser justiciables, que la Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal y que las leyes que la contradigan carecen de valor jurídico.

En lo que constituirá a este fallo de casación en una de las piezas más avanzadas del control contencioso administrativo en la historia reciente del Ecuador, la Sala destacó una contradicción entre el Art. 6 lit. a) de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa y el Art. 196 de la Constitución Política del Estado (ahora Art. 173) y haciendo aplicación de la norma constitucional concluyó que en todo Estado de Derecho los actos administrativos son plenamente justiciables.

Y aunque no falló a favor del recurrente, las premisas que estableció la sentencia de casación son trascendentes en la definición de la potestad discrecional y de los límites que tiene en un Estado de Derecho. Señaló la Sala que es posible el control judicial de la decisión discrecional en las adjudicaciones de contratos, no lo es en lo relativo a la decisión de adjudicación en sí misma porque eso comportaría sustituirse en su decisión a la administración.

Las tres sentencias analizadas se fundamentaron en las reflexiones expuestas por Eduardo García de Enterría —referidas en este acápite—, y con apropiado criterio coincidieron en establecer que, en la potestad discrecional, existen varios elementos

reglados que no podrían escapar del control judicial como son la existencia de la potestad, la competencia del órgano que lo expide y la finalidad establecida en el ordenamiento.

Cuando el Art. 173 de la Constitución señala que los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en sede administrativa como en sede jurisdiccional, no ha limitado ese derecho a los que proceden de una potestad reglada solamente, porque el texto no excluyó de control a los actos originados en el ejercicio de una potestad discrecional. La norma constitucional fija un sistema de control de legalidad de los actos administrativos en general, independientemente de que en estos haya elementos predominantemente reglados o predominantemente discrecionales. Todos los actos administrativos sin excepción están sometidos al control de legalidad y por ello el Art. 6 literal a) lucía manifiestamente contrario a la Constitución.

La restricción de la hoy derogada LJCA que impedía el juzgamiento de la discrecionalidad de los actos administrativos en que había elementos reglados fue superada por la jurisprudencia ecuatoriana que, sin vacilaciones legalistas, aplicó la norma constitucional prevalente que exige una tutela efectiva del derecho de los administrados. Sería deseable que bajo esta misma lógica de la aplicación de principios constitucionales, el contencioso ecuatoriano se decante por la adopción de medidas cautelares bajo el principio de la tutela judicial efectiva que ya consagra la Constitución Política de la República y que se lo haga más allá de las limitaciones del COGEP tanto en lo contencioso administrativo como en lo contencioso tributario.

Epílogo

Desde hace más de tres décadas, varias organizaciones no gubernamentales han venido desarrollando investigaciones especializadas para explicar por qué unos determinados países alcanzan mayores tasas de crecimiento económico y equidad social frente a otros que revelan un mal desempeño en estas materias; o qué sociedades han logrado enfrentar con mayor éxito la corrupción respecto de otras que se ven envueltas y superadas por este fenómeno²⁶⁹.

En todos estos índices hay una constante que los operadores legales no debemos perder de vista: aquellos países cuyas instituciones protegen con eficacia la libertad económica y los derechos de propiedad, son los que tienen mayor capacidad para generar riqueza y, consecuentemente, disminuir la pobreza; y aquellos que mejor protegen la independencia de sus jueces, son los que mejor enfrentan la corrupción. En esas investigaciones también se puede observar que los países que más protegen los derechos de propiedad y la libertad económica son los mismos que cuentan con un Estado de Derecho más sólido, precautelan mejor la independencia de los jueces y presentan un balance aceptable en las mediciones sobre percepción de corrupción.

Estas realidades nos llevan a plantear la vinculación entre Derecho y Economía y que sería deseable que, en los programas de enseñanza de las escuelas de jurisprudencia del país, se empiece a analizar con profundidad cómo las instituciones jurídi-

269 Transparencia Internacional, una organización que promueve medidas contra delitos corporativos y corrupción política, publica desde 1993 un Índice de Percepción de Corrupción; la Fundación *Heritage* de los Estados Unidos, constituida en 1973 a través de un equipo multidisciplinario de expertos, elabora desde 1995, año por año, el Índice de Libertad Económica que publica el *Wall Street Journal* y que establece una medición de la libertad de todos los países del mundo; y la Fundación Libertad publica el Índice de Calidad Institucional que fue creado por Martín Krause, catedrático de la Escuela Superior de Economía y Administración de Empresas de la ciudad de Buenos Aires.

cas generan consecuencias económicas, la manera en que las leyes pueden coadyuvar a construir un mejor Estado de Derecho que, al mismo tiempo que precautele la legalidad y la independencia de la justicia, estimule un funcionamiento económico más eficiente.

El Derecho Administrativo, una disciplina muy absorbida por conceptos teóricos y hábitos teorizantes, debería orientar sus reflexiones al funcionamiento de las administraciones públicas y su influencia positiva o negativa sobre los derechos de propiedad y libertad económica, condiciones sin las cuales no será posible construir una institucionalidad que enfrente la corrupción con energía suficiente, como lo hacen otros países, ni alcanzar un crecimiento sostenido de la economía ecuatoriana, en un contexto internacional cada vez más competitivo e implacable.

En Ecuador, los derechos de propiedad no están suficientemente protegidos y la libertad económica es menguante. Cada vez que se expide una ley —y esto ha sido tendencia desde los años sesenta—, normalmente se crean nuevas potestades públicas o se amplían las ya existentes para beneficio del Estado o se incrementa la carga tributaria, con el consecuente achicamiento de los espacios de libertad que corresponden y necesitan los sujetos de derecho privado para innovar y emprender.

Algunos institutos formales del Derecho Público, la idiosincrasia de abogados, servidores públicos y jueces, los valores en los que ellos se forman, no favorecen la protección de los derechos de propiedad ni la libertad económica según se advierte en el contenido de las leyes, en el sentido que tiene la jurisprudencia y en las ideas que, desde su temprana formación, los estudiantes de leyes adoptan con relación a instituciones tan importantes como los derechos individuales, el interés público, el papel del Estado y las prerrogativas de las administraciones públicas, en los que se presentan tergiversaciones muy arraigadas.

Si la eficacia de las jurisdicciones contencioso administrativa y contencioso tributaria se midiera por el respeto al principio de legalidad, por el grado de protección de la libertad y el derecho de propiedad de los ciudadanos frente a errores o excesos del poder público, podríamos decir que en Ecuador estas jurisdicciones especializadas han resultado ineficaces. Esos derechos, los de libertad y propiedad vienen no solamente amenazados sino desconocidos por la falta de independencia de los jueces, por una jurisprudencia que, en los últimos años, tiende a confundir cualquier acto de autoridad con interés público y porque los abogados se han formado en valores que favorecen una cultura estatista y desfavorecen al derecho individual de las personas,

circunstancias todas ellas que redundan en la pérdida de la credibilidad del contencioso como una vía apropiada para la solución de conflictos con las Administraciones Públicas.

Al respecto, la reflexión que el jurista y Premio Nobel de Economía Friedrich A. Hayek formuló en los años setenta en su obra *Derecho Legislación y Libertad*, debería ser estudiada con mayor profundidad para comprender el carácter multidisciplinario de la ciencia jurídica, que Kelsen negaría avocándonos a sistemas permeables con cualquier fórmula autoritaria. Hayek corrige con lógica muy sólida los errores que derivan de ese constructivismo racionalista, aquel que vincula justicia con normas y que autoriza al legislador a expedir una ley sin importar su contenido, y nos ayuda a entender cómo las normas o los jueces pueden estimular o distorsionar los procesos de creación de riqueza en una economía.

En esa línea, resultan muy esclarecedores los planteamientos del catedrático de la Universidad de Princeton y Premio Nobel de Economía Douglas North expuestas en su obra *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (1990) y en *Understanding the Process of Economic Change* (2004).

Sin apartarse de las premisas jurídicas establecidas por Friedrich A. Hayek, North explica el rol que juegan las instituciones en el desarrollo económico frente a teorías tradicionales que explican el crecimiento exclusivamente a partir del cambio tecnológico, el capital humano o los recursos naturales. Una apropiada formación de los profesionales del Derecho, tal como se hace en las escuelas de leyes de las universidades más importantes del mundo, exigiría vincular con mayor profundidad las instituciones jurídicas con las instituciones económicas como sugiere Hayek, con el fin de romper el aislamiento científico que supone la Teoría Pura del Derecho planteada por Kelsen y plantear las bases de unas reglas jurídicas que sean más propicias para la legalidad, la libertad, y que coadyuven en los procesos de emprendimiento, innovación, generación de riqueza y desarrollo económico.

En esa línea y desde hace varias décadas, Ronald Coase publicó su teorema *The Problem of Social Cost* que dio notable impulso hacia lo que se ha dado en denominar el análisis económico del Derecho. Posteriormente, este aporte se ha enriquecido con las reflexiones de Gary Bécker en su estudio *Crime and punishment: an economic approach* y las investigaciones de Guido Calabresi, recogidas en su obra *The cost of accidents*, y principalmente con el aporte doctrinal del profesor de la Universidad de Chicago Richard Posner, *The Economic Analysis of law*, traducida ya al idioma es-

pañol y que ha venido siendo estudiada en facultades de jurisprudencia en Colombia y en el Perú. Debo destacar que tanto Ronald Coase como Gary Bécker recibieron un Premio Nobel de Economía y por ello el efecto económico de las instituciones jurídicas ha venido expandiéndose como una disciplina de necesaria consideración en los programas de las Escuelas de leyes de distintos países.

¿Qué puede aportar el Derecho y particularmente el Derecho Administrativo para encausar esos objetivos? ¿Será posible que la reflexión jurídica en Ecuador, pueda en algún momento cercano romper las camisas de fuerza que suponen el normativismo y los análisis exclusivamente exegéticos de las normas para proponernos investigaciones que vinculen Derecho y Economía, midan los efectos económicos que tienen las leyes o los reglamentos que se dictan y solamente a partir de tales mediciones se decida crear o no una entidad pública, suprimir las que no sean necesarias, dictar normas de efectos generales o derogarlas? Para caminar hacia esos otros objetivos, este libro pretende volver sobre los principios jurídicos y fijar las condiciones que se estiman indispensables para el funcionamiento de un contencioso administrativo encausado para precautelar la libertad; trata de identificar algunas disfuncionalidades que derivan, en unos casos, de la falta de renovación del contencioso, en otros, de la tendencia marcadamente estatista con que el legislador ha venido reservando privilegios al Estado en detrimento de la libertad de los ciudadanos.

Partiendo de la información que ofrecen las estadísticas de la conflictividad administrativa que registra incremento de procesos judiciales año por año, me he permitido plantear las siguientes medidas para solucionar un problema estructural de nuestro sistema, que permitan disminuir la carga procesal en estas jurisdicciones especializadas y consolidar nuestro Estado de Derecho. Estas tres medidas serían las siguientes: (i) iniciar un proceso sistemático y ordenado de eliminación de entes, ministerios, superintendencias, empresas públicas y agencias reguladoras que no tienen razón de ser, pero que todos los días están generando conflictos jurisdiccionales al Estado con una alta carga económica para el Presupuesto General y para el patrimonio de los sujetos de derecho privado; (ii) establecer un sistema de control de legalidad en sede administrativa (reclamaciones y recursos administrativos) que se preocupe de aplicar el derecho con honradez antes que dar cobertura formal al sinnúmero de decisiones arbitrarias que no deberían llegar a los tribunales distritales; (iii) adoptar un régimen de medidas cautelares que autorice a los jueces contencioso administrativos a tutelar efectivamente el derecho de los administrados mediante decisiones de justicia provisional, concretamente dictando medidas cautelares para impedir que los administrados sufran daño por la demora en la tramitación de los juicios.

En este libro se ha explicado cómo el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, consagrado por primera vez en la Constitución Política de 1998, trastocó las bases del contencioso ecuatoriano y sustituyó el anacrónico sistema de un juicio objetivo al acto administrativo previo, por una jurisdicción tutelar de derechos; y que a partir de este derecho constitucional, ya no es necesaria la exigencia de un acto administrativo previo para activar válidamente las jurisdicciones contencioso administrativa y contencioso tributaria, puesto que los jueces están llamados a resolver controversias, independientemente de que haya o no un acto previo.

Se ha señalado también que la doctrina de los Derechos Humanos, los compromisos internacionales que en esta materia ha asumido el Ecuador en el marco del sistema interamericano suponen un cuestionamiento definitivo al anacrónico principio de ejecutividad de los actos administrativos y a cualquier género de prerrogativas que las leyes reservan para las administraciones públicas cuando han sido emplazadas en un juicio contencioso. Se debe subrayar que los privilegios que el sistema legal ha creado a favor de la Administración Pública, concebidos para que esta despliegue sus actuaciones en sede administrativa —autotutela, presunción de legitimidad de sus decisiones y principio de ejecutividad— no pueden trasladarse a la sede jurisdiccional para convertirse en prerrogativas procesales. Al igual que los particulares, las Administraciones Públicas deben quedar sometidas a la autoridad jurisdiccional de los jueces distritales, en un plano de igualdad.

En síntesis, esta investigación pretende reivindicar la autoridad jurisdiccional que corresponde a los jueces distritales de lo contencioso administrativo y contencioso tributario para resolver controversias, independientemente de que haya o no un acto administrativo previo, para juzgar la legalidad y para hacer ejecutar lo juzgado a través de un régimen de medidas cautelares que pueda anticiparse a la decisión de fondo.

En Ecuador, en materia tan delicada como es la recaudación de tributos, la suspensión automática de los efectos del acto administrativo impugnado fue establecida en el Código Tributario desde 1975 hasta el año 2015, y eso no supuso ni la paralización de las administraciones tributarias ni una disminución de los valores que año por año fueron recaudados por concepto de tributos, como se ha demostrado en esta investigación; de igual manera, la impugnación de glosas y de resoluciones expedidas por la Contraloría General del Estado, impiden su ejecución de esos actos mientras no haya una sentencia en firme, pasada en autoridad de cosa juzgada. ¿Por qué no extender estas reglas a las demás materias que se discuten en sede jurisdiccional como

hasta hace muy poco ya lo establecieron la Ley de Radiodifusión y Televisión y otras leyes analizadas en este libro?

La eliminación del principio de ejecutividad de los actos administrativos recurridos o impugnados guardará conformidad con el derecho constitucional de obtener un tutela efectiva, con el derecho humano de contar con un recurso judicial efectivo, pero principalmente, supondrá la desaparición de un elemento de corrupción del que se han venido valiendo ciertos órganos administrativos para burlar el control de legalidad que corresponde aplicar a los jueces.

Junto a esa suspensión automática de los efectos del acto administrativo (como lo hemos tenido en materia tributaria y en otras materias) los Tribunales Distritales deberían conservar la atribución de dictar otras medidas cautelares más allá de las meramente suspensivas, según la naturaleza de la controversia de que se trate: en unos casos para conservar la situación jurídica o para innovarla; para expedir medidas positivas o suspender los actos denegatorios, según las exigencias que la tutela judicial imponga en cada circunstancia concreta.

La ausencia de una regulación apropiada sobre el régimen de medidas cautelares sigue siendo una grave omisión en nuestro sistema de contencioso, porque es a esta jurisdicción a la que le corresponde precautelar la vigencia del principio de legalidad en el derecho público y los ámbitos de libertad de las personas que se relacionan con las administraciones públicas. El COGEP es insuficiente al prever solamente la suspensión de los efectos de los actos, y para la materia contencioso tributaria es regresivo al fijar una caución como requisito condicional de la medida.

Sin embargo, como se ha señalado ya en otro acápite de este libro, ni la falta de regulación apropiada del instituto de la tutela cautelar ni la insuficiencia del Art. 330 del COGEP podría impedir a los jueces de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, dictar las medidas cautelares que mejor se adapten a las circunstancias concretas del caso que conocen, porque eso supondría aplicación directa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y de la exigencia de un recurso judicial efectivo como impone el Art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En otras palabras, siendo la facultad de dictar medidas precautorias una manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (Art. 75) y de una obligación internacional que asumió el Estado ecuatoriano en el marco del sistema interameri-

cano, el juzgador contencioso administrativo está investido de amplias atribuciones para adoptar tales medidas si las circunstancias del caso así lo exigen, porque el derecho constitucional y su posición prevalente en el ordenamiento jurídico imponen al juzgador adoptar las medidas que mejor precautelen los resultados del proceso o el derecho de defensa de los accionantes, aún cuando el COGEP haya restringido la adopción de tales medidas a la suspensión de los efectos del acto administrativo impugnado. En este sentido, el Art. 324 del COGEP, que condiciona el otorgamiento de una caución para suspender los efectos del acto administrativo tributario es manifiestamente contrario a la Constitución y regresivo en materia del derecho humano de defensa de los contribuyentes, por las razones que se han expuesto en este libro.

Aunque la tutela cautelar esté fundamentada en principios jurídicos muy sólidos como la igualdad procesal, las garantías del debido proceso, la seguridad jurídica y el derecho de defensa, hay también razones de orden práctico de beneficio para el Estado y de los funcionarios y servidores, que aconsejan ir decididamente hacia ella. Si el acto administrativo se ejecuta y este se declara ilegal, o la situación fáctica que la sentencia definitiva declare contraria a derecho se hubiere mantenido durante tres o cinco años de duración de un proceso contencioso, multiplicando los perjuicios del accionante, la responsabilidad del Estado habría incrementado sustancialmente por el paso del tiempo y eventualmente, la del funcionario que ejecutó el acto ilegal. Por estos motivos, una medida cautelar no solamente debe ser vista como un mecanismo de protección del particular sino de los órganos administrativos o entidades de derecho público involucrados en la controversia judicial.

Las conclusiones precedentes reconocen a favor de los jueces contencioso administrativos un papel más activo en la creación del derecho porque ninguna norma positiva que dicte el legislador será suficiente para corregir los actos de arbitrariedad que con frecuencia se producen en las relaciones jurídico administrativas, si es que los jueces que conocen y juzgan controversias no ejercen con suficiente amplitud la potestad jurisdiccional que les reconoce la Constitución, la doctrina y la jurisprudencia comparada.

Restringir el ámbito de tales cautelas a un principio de tipicidad y no dejar a la prudencia del juzgador ordenar las que correspondan, o lo que ocurre en la práctica, asumir una jurisdicción contenciosa que no dicta medidas cautelares en los casos que conoce sino excepcionalmente para la suspensión de ciertos actos, supone una fractura de la igualdad procesal porque convierte a la jurisdicción contenciosa en una caricatura y al control de legalidad en un montaje, hace del principio de división de

poderes un mito porque pretende hacer de los señores jueces distritales meros instrumentos de las decisiones ejecutorias del poder administrativo. ¿Será este el Estado de Derecho que los ecuatorianos merecemos?

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR ANDRADE, Juan Pablo. “Apuntes sobre la acción de lesividad en la legislación ecuatoriana”. Revista *Ruptura* No. 49 (Edición de la Asociación Escuela de Derecho de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador), Quito, 2005.

AGUILAR ANDRADE Juan Pablo. “Tres temas sobre arbitraje y Administración Pública”. *Revista del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje*, Quito, 2012.

ALLI ARANGUREN Juan-Cruz. *Derecho administrativo y globalización*. Madrid: Ed. Thomson Civitas, 2004.

BENALCÁZAR GUERRÓN, Juan Carlos. *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Ed. Fundación Andrade & Asociados, 2007.

BUSTELO, Ernesto N. “Suspensión de la ejecución del acto administrativo en el marco del procedimiento administrativo”. *Estudios de Derecho Administrativo*, Tomo IX. Mendoza: Ed. Dike, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*, Tomo II, 8.^a ed. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis - Abeledo Perrot, 2006.

CASSAGNE, Juan Carlos. “La justicia contencioso administrativa y sus perspectivas al comenzar el siglo XXI”. *Procedimiento y proceso administrativo*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina, 2005.

CASSAGNE, Juan Carlos. *La ejecutoriedad del acto administrativo*. Buenos Aires: Ed. Abeledo - Perrot, 1971.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Los derechos constitucionales: elementos para una teoría general*. , 3.^a ed. Lima: Ed. Palestra, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituciones de derecho procesal civil*. Serie Clásicos del Derecho Procesal Civil, Tomo III. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.

COMADIRA, Julio Rodolfo. *Procedimientos Administrativos – Ley nacional de procedimientos administrativos anotada y comentada*. Buenos Aires: Ed. La Ley, 2002.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Garantías para la independencia de los operadores de justicia. hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de Derecho en las Américas* OEA/Ser. L/V/II. Doc. 44, 5 de diciembre de 2013.

CORRAL, Fabián. “Los ´derechos´ del Estado”. *El Comercio*, 5 de marzo de 2015.

COUTURE Eduardo. *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.

DIEZ, Manuel María. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ed. Plus Ultra, 1990.

FENÁNDEZ, Tomás Ramón. *De la arbitrariedad de la administración*. 2^a. ed. Madrid: Ed. Civitas, 1997.

GALLEGO ANABITARTE, Alfredo, MÉNDEZ REXACH, Ángel *et. al.* *Acto y procedimiento administrativo*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2001.

GALLEGOS FEDRIANI, Pablo O. “Las medidas cautelares”. Juan Carlos CASSAGNE (director). *Procedimiento y proceso administrativo*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares*, 3.^a ed. Madrid: Ed. Civitas, 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Revolución Francesa y administración Contemporánea*, 4.^a ed. Madrid: Ed. Civitas, 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Hacia una nueva Justicia Administrativa*, 2^a. edición ampliada. Madrid: Ed. CIVITAS, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La lucha contra las inmunidades del poder*. 3^a. ed. Madrid: Ed. Civitas, [1962] 2004 (reimpresión).

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 12 ed. (reimpresión). Madrid: Ed. Thomson Civitas, 2005.

GARCÍA PULLÉS, Fernando. “Sistemas de control jurisdiccional Contencioso de la Administración Pública en la Europa Continental”. Juan Carlos CASSAGNE. *Procedimiento y proceso administrativo*. Buenos Aires: Ed. Lexis Nexis y Universidad Católica Argentina, 2005.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio. *Los actos administrativos*, 2ª. ed.. Madrid: Ed. Civitas, 1991.

GARRIDO FALLA, Fernando, PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ Hermínio. *Tratado de Derecho Administrativo*, Volumen I, Parte General, 15.ª ed. Madrid: Ed. Tecnos, 2010.

GARZÓN REAL, Baltazar; ESCOBAR SARTI, Carolina; MUÑOZ LEDO, Porfirio; GURZI, Daniel; FORESI, Víctor Hugo. *Informe Final de la Veeduría Internacional a la Reforma de la Justicia en Ecuador*. Quito, diciembre de 2012.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tomos I y II, 3ª. ed. Madrid: Ed. Civitas.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago J. *La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, 1ª. ed. Madrid: Ed. Civitas y Ministerio de Justicia, 1993.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*. <http://forodelderecho.blogindario.com/2008/01/0027-tratado-de-derecho-administrativo-dr-agustin-gordillo-4-tomos.html> (acceso: 27 de mayo de 2016)

GUTIERREZ COLANTUONO, Pablo Ángel (Juan Bautista JUSTO, colaborador). *Administración Pública, Juridicidad y Derechos Humanos*. 1ª ed. Buenos Aires_ Ed. Abeledo Perrot, 2009.

IVANEGA, Miriam M. *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa*. 1ª ed. Buenos Aires: Ed. RAP, 2010.

LANDA ARROYO, César (compilador). *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Colección Jurisprudencia de Derechos Fundamentales. Lima: Ed. Palestra, 2005.

LUNA Adriana, MIJANGOS Pablo y ROJAS Rafael (coordinadores). *De Cádiz al siglo XXI*. México: Ed. Taurus, 2012.

Mairal Héctor A., “*Las raíces legales de la corrupción o cómo el Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla*”, Ed. REPÚBLICA ARGENTINA, Buenos Aires, 2007, 1ª ed.

MARÍN, Carmen C. “Reflexiones en torno a la polémica sobre el origen del derecho administrativo”. *Nuevas Perspectivas del derecho administrativo. Tres estudios*. Madrid: Ed. Civitas, 1992.

MARTÍN MATEO, Ramón. *Manual de Derecho Administrativo*, 18 ed. Madrid: Ed. Trivium, 1996.

MORALES TOBAR, Marco. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. 1ª ed. Quito: Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, 2011.

NEIRA ORELLANA, Edgar. “La Constitución de 2008 y el arbitraje bajo la ley ecuatoriana: análisis de dos problemas que surten antes que del texto constitucional, de su equivocada aplicación”. *Revista del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje*, Quito, 2012.

NEIRA ORELLANA, Edgar. “Las notas de la Constitución Política de 1998 y el Procedimiento Administrativo Común”. *Revista Ruptura* No. 47 (Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Quito), Quito, 2004.

NEIRA ORELLANA, Edgar. “Sobre la técnica del silencio administrativo y de cómo la Administración Pública resiste la aplicación de sus efectos”. *Revista Ruptura* No. 46 (Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Quito), Quito, 2003.

NEIRA ORELLANA, Edgar. “Sobre la suspensión de efectos del acto administrativo y la tutela cautelar en el contencioso administrativo ecuatoriano”. *Revista Ruptura* No. 50 (Asociación Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Quito), Quito, 2003.

OVALLE FAVELA, José. *Teoría general del proceso*, México: Ed. Oxford University Press, 2001.

PAREJO ALONSO, Luciano. *Derecho Administrativo*, 1ª ed. Barcelona: Ed. Ariel S. A., 2003.

PÁSARA, Luis. *Independencia judicial en la reforma de la justicia ecuatoriana*. Lima: Ed. Fundación para el Debido Proceso, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Instituto de Defensa Legal, 2014.

PEÑAFIEL SÁNCHEZ, Gabriela. *La impugnabilidad de los actos de simple administración en la legislación ecuatoriana*. Tesis previa a la obtención del título de abogada. Universidad Central del Ecuador, Quito, diciembre de 2012.

PÉREZ CAMACHO, Efraín, *Manual de Derecho Administrativo*, Ed. Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2008, 1ª ed.

PÉREZ LUÑO, Enrique. *La seguridad jurídica*, 2ª ed. Barcelona: Ed. Ariel Derecho, 1994.

PITHOD, Eduardo Luis. “Caracteres del acto administrativo”. *El Procedimiento Administrativo en la República Argentina*, Tomo IX (“Estudios de Derecho Administrativo”). Mendoza: Instituto de Estudios de Derecho Administrativo I. E.D. A., Ed. Dike, 2003.

RESTREPO MEDINA, Manuel Alberto. *Perspectiva constitucional sobre la tutela cautelar judicial*. Colección Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Ed. Universidad del Rosario, 2006.

ROCO Ugo, *Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2001.

RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime. “Ejecutividad y tutela judicial efectiva”. *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes de Derecho Administrativo*, Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires: Ed. RAP, 2009, pp. 849 a 868.

RODRÍGUEZ ARANA-MUÑOZ, Jaime. *La suspensión del acto administrativo (en vía de recurso)*. Madrid: Ed. Montecorvo, 1986.

SALOMONI, Jorge Luis. “La ejecutoriedad del acto administrativo”. *Acto administrativo y reglamento*. Buenos Aires: Ed. RAP, 2002.

SECAIRA DURANGO, Patricio. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria, 2004.

SIMÓN PADRÓS, Ramiro. *La tutela cautelar en la jurisdicción Contencioso Administrativa*. Buenos Aires: Ed. Lexis-Nexis, 2005.

TORRES DEL MORAL, Antonio. *Constitucionalismo histórico español*, 5 ed. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, 2004.

VARGAS ROZO, Oscar Eduardo. “Discrecionalidad administrativa: naturaleza, límites y garantías *Temas de Derecho Administrativo Contemporáneo*. Colección de Textos de Jurisprudencia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario, 2005.

VÉLEZ GARCÍA, Jorge. *Los dos sistemas del Derecho Administrativo, Ensayo de Derecho Público Comparado*, Serie Major – 2, 2ª ed. Bogotá: Ed. Institución Universitaria Sergio Arboleda, 1996.

ZAVALA EGAS, Jorge. *Derecho Administrativo*, Tomos I y II. Guayaquil: Ed. Edino, 2007

ZAVALA EGAS, Jorge., ZAVALA LUQUE, Jorge y ACOSTA ZAVALA, José F. *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. Guayaquil: Ed. EDILEX S. A., 2012.