

007. LA JURISDICCION CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA ECUATORIANA: REALIDAD DOCTRINARIA Y LEGISLATIVA

Autor:

Ab. Roger Nieto Maridueña, Msc.
Universidad Tecnológica ECOTEC
Docente Investigador
rnieto@ecotec.edu.ec

Resumen. -

La tutela judicial efectiva tiene en nuestro sistema jurídico expresión en todas las materias judiciales, pero adquiere una importancia primordial cuando se trata de la materia en la cual existen conflictos entre los intereses del habitante frente a los intereses de los entes estatales, es decir, cuando se trata de temas regulados por el Derecho Administrativo, dado que es una de las materias en las cuales se puede apreciar un desbalance entre los dos actores de la relación: el Estado y el administrado, debido a la existencia de las llamadas “prerrogativas de la Administración” que son una herencia del ius imperium del Derecho Romano. El administrado en nuestro país necesita de una vía judicial que le garantice el derecho a la seguridad jurídica en materia de los conflictos con los entes estatales, por lo que es necesaria la existencia de un Derecho Procesal y órganos judiciales que permitan la revisión de la actuación de las administraciones públicas, garantizando el efectivo cumplimiento de los fallos.

Palabras clave: Acto administrativo, nulidad, Administración, Estado de Derecho, garantía, administrado, arbitrariedad.

Acción; acto administrativo; administración pública; administrado; control judicial de la actividad administrativa del Estado; Debido Proceso; igualdad procesal; Juez Contencioso Administrativo; Juridicidad; Jurisdicción; medidas cautelares; Seguridad Jurídica; Tutela Judicial Efectiva.

INTRODUCCIÓN

Objetivo general. -

Realizar un análisis jurídico-académico sobre la deontología jurídica de lo que constituye una jurisdicción contencioso administrativa de acuerdo a la doctrina, con la finalidad de determinar si en la praxis legislativa ecuatoriana y de los operadores de justicia existe una verdadera jurisdicción contencioso administrativa, como la materialización de la tutela judicial efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica.

Objetivos específicos. -

- Conocer el deber ser de una jurisdicción contencioso administrativa, como la expresión de un derecho procesal administrativo, en el cual el administrado puede desarrollar su derecho a una tutela judicial efectiva y por otro lado, el Estado se convierte en garante de la seguridad jurídica.
- Determinar el desarrollo legislativo que se ha otorgado en el Ecuador a la existencia de una jurisdicción contencioso administrativa, como garante de los derechos fundamentales de los habitantes y de la juridicidad y seguridad jurídica del Estado.
- Comprobar a través del análisis de la legislación y la doctrina nacional y extranjera las falencias de la jurisdicción contencioso administrativa dentro del sistema jurídico ecuatoriano.

Resultados alcanzados. -

En el desarrollo de esta ponencia, se pudieron desde el análisis doctrinario y la verificación de las normas que regulan la jurisdicción contencioso administrativa comprobar los siguientes resultados:

- A. La comprobación de una Jurisdicción Contencioso Administrativa con una estructura conformada por órganos de justicia que no permiten el eficaz acceso del administrado a la justicia.
- B. La comprobación de la inexistencia de acciones variadas y un procedimiento eficaz y eficiente, cuando se trate de reparaciones de derechos vulnerados a los habitantes o del control del cumplimiento de la juridicidad por parte de los entes estatales.
- C. La comprobación de la inexistencia de medidas de tutela cautelar procesales que eviten un perjuicio por el periculum in mora.
- D. La comprobación de la inexistencia de un recurso de apelación de los fallos dictados por los operadores de justicia inferiores para ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.

DESARROLLO

Definición de jurisdicción

Desde el Código de Enjuiciamiento de 1879, la jurisdicción en el Ecuador ha sido definida como el poder de administrar justicia (TROYA, 1978), pero, también se consideraba a la jurisdicción como la potestad de que se hallan investidos los jueces y magistrados para administrar justicia y para hacer que se ejecute lo juzgado. En ese sentido, se considera que debe entenderse incluida dentro de la definición de jurisdicción la actividad de hacer que se ejecute lo juzgado, siendo por lo tanto innecesario incluirla dentro de una definición, criterio con el cual discrepo, por cuanto una definición de jurisdicción debe incluir todo lo que la misma comprende, sin que deba dejarse fuera una parte tan consustancial como lo es la de ejecutar lo resuelto en el fallo (TROYA, 1978).

La institución jurídica de la "jurisdicción" tiene también su origen en Roma con el Derecho Romano, en el cual se desarrolló gracias a los fallos de sus jurisconsultos, que consideraban la existencia de una "jurisdictio" (decir el Derecho) que comprende a su vez la "jus judicare jubendi aut judicandi, el poder que tenían las personas que buscaban recibir justicia para acudir a un juez o actuar ellos como jueces en el caso de los sistemas jurídicos en los cuales integran los jurados.

Se considera como jurisdicción a la función (potestad) de los órganos estatales judiciales para otorgar justicia, a través de un proceso dirigido por ellos, en el cual se aplican las normas del derecho objetivo (juridicidad), cuando los particulares acuden a ella en ejercicio de las acciones que el ordenamiento jurídico les confiere (PRIETO y CASTRO, 1968). Por lo que debe destacarse en esta definición la presencia de los siguientes componentes: por un lado, se encuentran los órganos de la administración de justicia investidos de la facultad legal de juzgar, y por otra parte se hace referencia a un debido proceso, que es una garantía de los derechos de los accionantes y de la seguridad jurídica.

El actual Código General de Procesos no contiene la definición de jurisdicción del artículo 1 del antiguo Código de Procedimiento Civil, que mantenía la definición de jurisdicción del Código de Enjuiciamiento de 1869, que estuvo vigente desde el 10 de agosto de 1871, que considera como tal a la potestad de administrar justicia, que a su vez comprende la operación de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado por parte de los órganos jurisdiccionales a los que la ley otorga dicha facultad. En este mismo sentido, el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 7 considera a la jurisdicción como la potestad conferida por la ley a los órganos jurisdiccionales, a los que, en virtud de la materia, dota de la competencia respectiva, como en el caso de la competencia para conocer de los litigios contra el Estado, propia de la jurisdicción contencioso administrativa.

Noción de jurisdicción contenciosa administrativa

Lo primero que se debe clarificar al referirse a la jurisdicción contenciosa administrativa, es justamente lo que comprende el término “contenciosa administrativa”, entendiéndose por tal a la potestad conferida a ciertos administradores de justicia: se considera que la palabra “contenciosa” proviene del latín *contendere*, que tiene a su vez su origen en dos locuciones: *cum -con-* y *tendere -luchar, disputar o cuestionar-*, llegando a significar que se trata de una controversia entre dos partes, de las cuales una sería el Estado (GALINDO, 2006); pero, otros autores afirman que no sería una controversia judicial cualquiera, sino una derivada de la actividad de las Administraciones Públicas (AUBY y DRAGO, 1962).

La definición más completa de Jurisdicción Contenciosa Administrativa es la aportada por (GALINDO, 2006), que elabora una que contiene todos los elementos que la conforman:

Se podrá definir la jurisdicción administrativa, o contenciosa administrativa según la denominación francesa, como la función específica del Estado, mediante la cual el poder público o aquellos servidores autorizados por éste, satisfacen pretensiones fundadas directa o indirectamente en normas de derecho administrativo, formuladas por los particulares y las autoridades públicas, según el caso. Existirá, entonces, jurisdicción administrativa cuando la estructura del Estado disponga una organización propia y autónoma, diferente de otras autoridades judiciales, que le permita llevar a cabo el señalado cometido.

Composición de los órganos de la jurisdicción contenciosa administrativa

La Jurisdicción Contenciosa Administrativa desde sus orígenes en Francia hasta la actualidad, en los países que tienen un control judicial de la administración, se encuentra conformada por órganos especializados, cuyas denominaciones y forma de integración varían de un sistema a otro; pero, también está dotada de un proceso judicial de características únicas por comparecer en él por una parte la Administración Pública (actualmente Administraciones Públicas según la doctrina moderna) y por otra los administrados, regulado por normas que reciben el nombre de Derecho Procesal Administrativo.

Los órganos de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa existentes en los sistemas jurídicos hoy en día, son los basados en órganos uni o pluripersonales; existiendo en los sistemas unipersonales la figura de un juez contencioso administrativo (GONZÁLEZ PÉREZ, 1985). En contraposición, los órganos pluripersonales son los conformados por varios juzgadores que reciben la denominación de magistrados - como ha sido el caso del Ecuador hasta antes de que el legislador hubiera expedido el Código Orgánico de la Función Judicial- existiendo tribunales, cortes de justicia o salas que son parte de las cortes de justicia (como nuestro sistema actual):

Órganos unipersonales. — Son los que encarnan en un único funcionario. Se denominan por lo general juzgados —y a su titular juez—. Sin embargo, en algunos ordenamientos se denomina asimismo tribunales a los órganos jurisdiccionales unipersonales...

Órganos pluripersonales. — Están integrados por varios funcionarios que se denominan magistrados. Constituyen la regla general de los órganos a los que se confía la satisfacción de pretensiones fundadas en derecho administrativo. La jurisdicción se confía a tribunales, cortes de justicia o salas formadas por varios magistrados.

La discusión de la doctrina acerca de la conveniencia de un sistema de jurisdicción contencioso administrativa monista (las controversias contra el Estado se juzgan en una jurisdicción común) o uno dualista (existencia de una jurisdicción propia para los litigios contra el Estado) ha quedado superada, porque de acuerdo a la doctrina contemporánea cada Estado adoptará el sistema más oportuno de acuerdo a sus necesidades, quedando solo en discusión, la conveniencia de la existencia de un órgano unipersonal o pluripersonal para poder hacer frente en forma efectiva a las reclamaciones que los administrados presentan en contra de las administraciones públicas por violación a las normas del derecho administrativo (RODRÍGUEZ, 2012).

La conformación actual de los órganos de administración de justicia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Ecuador, de acuerdo al Código Orgánico de la Función Judicial, es a través de un sistema monista de Salas conformadas por varios jueces, con la Sala de lo Contencioso Administrativo a la cabeza y las Salas de lo Contencioso Administrativo de las Cortes Provinciales de Justicia como órganos desconcentrados, las cuales en el “deber ser” de dicha norma, tienen el papel fundamental de revisar el cumplimiento del Derecho Administrativo y de los derechos fundamentales, específicamente, el de Tutela Judicial Efectiva y seguridad jurídica, en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Derecho Procesal Administrativo y el Proceso Contencioso Administrativo

Para que exista un proceso administrativo en el cual un órgano de la administración de justicia emita un fallo sobre situaciones litigiosas entre las administraciones públicas y los particulares, debe existir previamente, un sistema de normas jurídicas derivadas del Derecho Administrativo y del Derecho Procesal general, que se encarguen de dar manifestación al principio de la Tutela Judicial Efectiva, el debido proceso y la seguridad jurídica; pero lamentablemente en el Ecuador, así como ha sido lento e incompleto el desarrollo del Derecho Administrativo, por falta de interés del legislador, así también, no existe legislativamente ni doctrinariamente desarrollo alguno del Derecho Procesal Administrativo.

La doctrina ofrece muchas definiciones sobre Derecho Procesal Administrativo, siendo una de las más relevantes por los elementos que describe en ella, la formulada por (GALINDO, 2006)

Se trata entonces de un conjunto de instituciones, de normas y principios que se hayan dentro del gran ámbito del derecho procesal, dotadas de cierta singularidad por razón de los particulares componentes de los derechos y deberes de sus sujetos, con la fundamental finalidad de consolidar la justicia en las relaciones jurídicas administración-administrado, por medio de su principal instrumento, como es el proceso.

Cuando se habla de derecho procesal, como quedó visto precedentemente, se hace referencia a aquel conjunto de normas y principios relativos al proceso, entendido éste como instrumento destinado a la satisfacción de pretensiones. Esta noción implica, necesariamente, que esa herramienta en poder de los asociados, cuando se deba utilizar, sea formulada ante las autoridades jurisdiccionales. En otros términos, cuando se califica una reunión de normas como de procesal, siempre se estará tratando de un mecanismo de satisfacción de pretensiones que se ventila ante las autoridades jurisdiccionales.

En el Ecuador al no existir un desarrollo doctrinario ni legislativo del Derecho Procesal Administrativo, como sucede en otras legislaciones en las que se aplican todas las normas de un Código Procesal Administrativo o una Ley de Procedimiento Administrativo, lo único que existe en nuestro ordenamiento jurídico son las escasas disposiciones de los artículos 299 a 317 y 326 a 331 del Código General de Procesos, que no constituyen un avance legislativo con respecto a la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que era una reproducción de legislación extranjera vigente en ese momento como la española, pero sin contar con las instituciones y principios que debe tener un derecho especializado, cuya finalidad no es la de una mera revisión de la actuación administrativa sino la de asegurar los derechos a la Tutela Judicial Efectiva, debido proceso, y seguridad jurídica.

En otras legislaciones, como la argentina, el Derecho Procesal Administrativo ha evolucionado a tal grado, que incluso, del enfoque tradicional y clásico, de normas jurídicas que contienen postulados dogmáticos en desuso, se ha pasado en la actualidad a uno derecho que parte de la base del nuevo modelo constitucionalista que impera actualmente en Hispanoamérica (BALBIN, 2008); siendo este tipo de modelo el que ha adoptado el Ecuador a partir de su Carta Magna del año 2008: un Estado Constitucional de Derechos y Justicia.

Tradicionalmente, el proceso contencioso administrativo, que tuvo su origen en el actuar del Consejo de Estado Francés tuvo una estructura básica, fundamentada en dos recursos: el objetivo o por exceso de poder y el subjetivo o de plena jurisdicción; los cuales se diferenciaban por la actividad que debía realizar el órgano administrador de justicia, considerando a su vez las situaciones sometidas al juzgamiento y excluyendo otras. En otras palabras, se trataba de un proceso judicial básico, con

solamente dos vías muy similares en su tramitación, materias que podían ser revisadas y requisitos para la interposición de la demanda, sin contar con mecanismos jurídicos que aseguren el cumplimiento de la Tutela Judicial Efectiva y el debido proceso a los administrados que acudían a ella.

La terminología de “recurso” contencioso administrativo, refiriéndose al objetivo o al subjetivo, que históricamente proviene del derecho francés y su figura del ministro-juez, ha sido ampliamente discutida por la doctrina, en la cual existen exponentes que consideran un error emplearlo, porque a nivel procesal, el empleo de dicha palabra implica la existencia de una impugnación que se realiza dentro y ante un mismo ente estatal, lo cual no es el caso de la acción que se interpone en la jurisdicción especializada contencioso administrativa, por tratarse del derecho que tiene el administrado de acudir al órgano judicial para solicitar la solución de una controversia que tiene con las administraciones y no de una mera revisión de una actividad administrativa(DROMI, 1987).

En nuestro sistema jurídico vemos reflejada parte de la crítica sobre el empleo del término recurso (DROMI, 1987), porque en nuestro Código General de Procesos y en el Código Orgánico de la Función Judicial, a pesar de utilizar la terminología “recurso”, se lo trata como tal y no como una acción judicial especializada, como un rezago del derecho francés, con el agravante de la figura del Juez Provincial sustanciador que forma parte de una Sala de Corte Provincial (única y definitiva instancia) que no ha variado en nada al mantener el error de no tener apelación de una decisión judicial inferior, violando el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, debido proceso y seguridad jurídica, debido a la inexistencia de un juez contencioso administrativo como órgano de justicia.

Al examinar la actividad que debía realizar el juzgador en la sustanciación del proceso contencioso administrativo, considerando que desde la creación del sistema francés de control judicial de la administración, éste se limitaba solamente a una revisión del acto administrativo, en el caso del recurso objetivo o por exceso de poder (GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ , 2008), sostienen que tradicionalmente ha tenido una función revisora de la legalidad del acto administrativo, sin que tenga relevancia la parte que lo interponía.

El recurso objetivo o por exceso de poder fue evolucionando y llegó a considerar no sólo a los titulares de derechos patrimoniales afectados por la actuación estatal sino a todos aquellos titulares de derechos subjetivos que hayan sido afectados por la misma, bajo un sistema que hacía un estricto control de la legalidad, al verificar que se haya cumplido con lo que determina el derecho administrativo; pero llegando inclusive a verificar los vicios a los principios generales del derecho. En ese sentido, de la clásica concepción de este recurso, en la cual se pretendía una anulación de un acto administrativo y no una condena a la administración, se pasó a una en la cual éste recurso no solo llega a reemplazar la voluntad de la administración cuando ésta no ha sido emitida (omisión de su accionar) sino que inclusive llega a convertirse en

un recurso subjetivo que busca la tutela de derechos subjetivos y su reparación (GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ , 2008).

El recurso subjetivo o de plena jurisdicción nació en el sistema francés clásico de control judicial de la administración pública como una tutela de los derechos subjetivos de los administrados, pero como ya se ha manifestado, el recurso objetivo y el recurso subjetivo en la actualidad han llegado a concluir en una sola acción, por cuanto se acude al órgano judicial para que se realice un control de legalidad y se produzca una reparación de los derechos vulnerados, porque todos los Estados modernos tienen en rango de cláusula constitucional la responsabilidad extracontractual del Estado por los daños irrogados a los administrados:

¿Es garantista o controladora de la legalidad la Justicia administrativa española? La Justicia administrativa ha sido mutante y ahora persigue ambas finalidades. Nacida como un sucedáneo de la protección de derechos que de otra forma conocerían los jueces civiles, desarrolló lentamente una forma de control de la legalidad al margen de que la actividad administrativa encausada lesionara o no derechos subjetivos. En la actualidad, la Justicia administrativa española lo es, como la francesa, y en menor medida la alemana, una Justicia subjetiva o garantista de derechos de una parte y, al tiempo, una justicia de control de la legalidad. Por ello su ámbito competencial se afirma en términos de generalidad sobre todos los conflictos que origina la actividad de las Administraciones públicas. (PARADA, 2007)

Clases de demandas que se pueden interponer en el Derecho Procesal Administrativo y los principios que lo regulan

En los países que tienen control judicial de la actuación de las administraciones públicas, varían las clases de acciones o demandas que pueden interponer los particulares afectados, dependiendo del fin o pretensión que se busque, por lo que pueden resumirse en: recursos de anulación, de plena jurisdicción, de interpretación y de represión (TINOCO Richter, 1970). Tratándose de pretensiones que busquen anular el acto administrativo, reparación de los daños causados a los administrados por su aplicación e interpretar la legalidad u oportunidad de los mismos.

Objeto, actuaciones administrativas impugnables y clases de Procesos Contenciosos Administrativos

En el momento en que se redacta una norma procesal que regula los conflictos entre los particulares y el Estado, es fundamental para el legislador considerar cual va a ser el contenido de dicho proceso, tomando como punto de partida el tradicional control de legalidad, conocido también como control de legitimidad hasta llegar al control de oportunidad, conocido como control de la discrecionalidad de los actos administrativos que lesionan derechos. En ese mismo sentido, la doctrina contemporánea considera que la llave maestra de todo código procesal administrativo es la determinación del

objeto del proceso, entendiendo por tal, a los conflictos entre las administraciones públicas y los administrados que pueden ser sometidos al control judicial; pero considera que solamente debe realizarse un control de legitimidad y no de oportunidad, criterio con el cual no estamos de acuerdo porque desde los albores de la jurisprudencia francesa, los actos de oportunidad de la administración tienen por límite los derechos de los habitantes y los principios generales del derecho (DROMI, 1987).

El Texto Único Ordenado de la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo de Perú, en su artículo 4 establece una lista, no de recursos contenciosos administrativos sino de actos y omisiones administrativas en forma genérica que pueden ser sometidas al control de su procedimiento; en contraposición, en nuestro sistema jurídico el Código Orgánico de la Función Judicial, en su artículo 217 contiene una lista pormenorizadas de las controversias derivadas de acciones u omisiones administrativas que son conocidas por los jueces de las Salas de lo Contencioso Administrativo. De esa manera podemos evidenciar cómo en algunas legislaciones se señalan actos y omisiones marco para que muchas situaciones puedan subsumirse en ellas y, en otras se determina en forma específica los que están sometidos al control judicial, basados en lo que sellama el “régimen casuístico o de lista” y el “régimen de cláusula general”. (HUTCHINSON, 2009)

Sistema jurisdiccional contencioso administrativo en el Ecuador: Realidad, falencias y cumplimiento a la tutela judicial efectiva de los derechos

Para conocer cómo nació el control judicial a los actos de las administraciones públicas en el Ecuador, es imprescindible citar las reseñas históricas realizadas por famosos investigadores, expertos del Derecho Administrativo en el Ecuador y ex magistrados judiciales, como son, Alfredo Mora Guzmán y Ernesto Velásquez Baquerizo:

Galo Espinosa, sostiene que en el Ecuador desde la primera Constitución de septiembre de 1830 hasta la de 1948, el Consejo de Estado fue el organismo encargado de resolver las impugnaciones de los actos administrativos, hasta que la Asamblea Nacional Constituyente de 1967 creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, entidad a la cual le fueron asignadas parte de las funciones que le correspondían al Consejo de Estado que de acuerdo con la Constitución de 1946, ente sus varias atribuciones tenía la de conocer y decidir las cuestiones contencioso administrativas. (ESPINOZA, 1992)

El ejercicio de las potestades de control de las actuaciones públicas del Tribunal de lo Contencioso Administrativo fue posible gracias a la Ley (No. 035) de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que fue expedida por la Comisión Legislativa Permanente el 28 de febrero de 1968 y publicada en el Registro Oficial No. 338 del 18 de marzo del mismo año. La Cámara Nacional de Representantes a través de las reformas a la Constitución promulgadas en el Registro Oficial No. 569 del 1ro. de septiembre de

1983, amplió el ámbito de acción al incorporar al artículo 96 de la Carta Política un nuevo inciso según el cual todo acto administrativo proveniente de la administración central, provincial, municipal o de cualquier entidad autónoma perteneciente al sector público es impugnabile ante los Tribunales Fiscal y Contencioso Administrativo en la forma que la ley determine.

La Constitución Política del Ecuador de 1946, en su articulado consideraba las atribuciones y deberes del antiguo Consejo de Estado, en numeral 8, que decía textualmente: “Conocer y decidir de las cuestiones contencioso administrativas”. Por esa razón el Consejo de Estado tenía como finalidad de actuar no solo como órgano que velaba por la observancia de la Constitución y las leyes sino también de actuar en condición de Tribunal Contencioso Administrativo, incluida la función de Contencioso Tributario. (MORA GUZMÁN, 2007)

En el Registro Oficial No. 40 de 19 de octubre de 1948 se publicó el Reglamento de lo Contencioso Administrativo expedido por el Consejo de Estado, siendo el literal f), aquel que especificaba la labor de dicho cuerpo colegiado, el mismo que establecía lo siguiente: La Constancia de que el contencioso administrativo tiene por objeto revisar en sede jurisdiccional el acto administrativo, verificar su legalidad y mantener o modificar sus efectos.

En 1992 mediante Ley N° 20 reformativa de la Constitución Política del Estado, publicada en el Suplemento N° 93 del Registro Oficial de 23 de diciembre de 1992, suprime expresamente el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pero al mismo tiempo crea en su disposición novena los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo con sede en Quito, Guayaquil, Cuenca y Portoviejo, con el objeto de modernizar y descentralizar la administración de Justicia, con Tribunales que pertenecen a la Función Judicial pero de carácter especializado por la competencia privativa que sobre el control de legalidad le otorga la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Para la justicia contencioso administrativa tuvo gran importancia la codificación de la Constitución vigente en 1993, publicada en el Registro Oficial número 183 del 5 de mayo de 1993, por las siguientes razones: a) Se creó en la Corte Suprema de Justicia, una Sala Administrativa, integrada con cinco magistrados; b) se crearon Tribunales Distritales, designados por la Corte Suprema de Justicia, es decir, sometidos a dicho órgano de justicia, lo cual a criterio de dicho doctrinario eliminó la autonomía jurisdiccional de que había gozado la justicia administrativa. Precisamente, en virtud de esa sujeción, el 10 de febrero de 1993, el pleno del Tribunal de la Corte Suprema de Justicia, dictó una resolución, que determinaba la jurisdicción de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, estableciéndolas así: a) Tribunal Distrital No. 1, con sede en Quito, tiene jurisdicción en las provincias de Pichincha, Imbabura, Carchi, Cotopaxi, Tungurahua, Chimborazo, Bolívar, Pastaza, Napo y Sucumbíos; b) Tribunal Distrital No. 2, con sede en Guayaquil, su jurisdicción abarca las provincias de: Guayas, Los Ríos, El Oro y Galápagos; c) Tribunal Distrital No. 3, con sede en Cuenca, cubre su jurisdicción las provincias de Azuay, Cañar, Loja, Morona Santiago

y Zamora Chinchipe; y d) Tribunal Distrital No. 4, con sede en Portoviejo, llega con su jurisdicción a las provincias de Manabí y Esmeraldas. (VELÁSQUEZ, 2009)

La información histórica nos lleva a evidenciar que en el Ecuador ha existido una justicia dedicada al control del accionar de las Administraciones Públicas desde el nacimiento de la República, pero que lamentablemente ha tenido un desarrollo deficiente no solo en su estructura sino en las propias facultades que deben ejercer, ya que al ser una justicia especializada por estar sustentada en el Derecho Administrativo, nunca se le ha dado importancia por parte de los legisladores y demás autoridades estatales (PONCE MARTÍNEZ, 1991), por lo que desde su nacimiento no ha tenido un desarrollo que le permita ser el mecanismo a través del cual el habitante pueda recibir una tutela efectiva de sus derechos fundamentales. (VELÁSQUEZ, 2009)

Las disposiciones de los artículos 299 a 317 y 326 a 331 del Código General de Procesos, y, el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, además de presentar un retraso en cuanto a la organización y facultades de los jueces de la materia, contienen errores conceptuales que van en contra del propio derecho procesal. Lo correcto, implica el ejercicio de la acción procesal, mediante demanda que inicia un proceso, y que pone en actividad a la jurisdicción con el fin de resolver una controversia según Derecho. Las normas antes citadas conservan el error conceptual de la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que tuvo como fuente de creación la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa española de 1956, en el sentido de que lo que debe pasar a conocimiento del juez son los actos administrativos, considerados como una actividad, dejando de esta manera imposibilitado al habitante de iniciar una acción legal en contra de omisiones, que constituyen otra forma de actuación de la administración pública regulada por el Derecho Administrativo que no tenga el carácter de acto administrativo. (ENTRENACUESTA, 1995)

Lo más paradójico es que España, país de origen de la Ley de la Jurisdicción Contencioso, en la cual se basó nuestra derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ya no utiliza el concepto de “acto administrativo” sino que para dar una efectiva tutela a los derechos fundamentales de los habitantes habla de “actuación administrativa”, por lo que considero que es errado establecer expresamente cuales son los casos que deben demandarse ante los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, como erradamente lo sigue haciendo el legislador ecuatoriano, esta vez, en el Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Registro Oficial No 544 del 9 de marzo del 2009, que contiene todo un catálogo de casos que pueden ser impugnados ante los referidos órganos de justicia, cuando el asunto medular del proceso deben ser las actuaciones de las Administraciones Públicas —entendiéndose dentro de ellas a la omisión de actuar- y la garantía de los derechos fundamentales de los habitantes.

Otras de las falencias de nuestro sistema jurisdiccional contencioso administrativo es la inexistencia de una Tutela Cautelar, considerada por algunos tratadistas como una expresión material de la tutela judicial: La tutela judicial no es tal sin medidas

cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso (PICÓ I JUNOY, 2002). Debemos entender por tal, al instituto jurídico mediante el cual se garantiza la efectividad de la sentencia a dictarse en un proceso, frente a los riesgos derivados de la demora del mismo; concepto que contrasta con la realidad de los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, donde los demandantes debe esperar años para recibir una justicia, que en muchos casos cuando es dictada la sentencia, ya no tiene ningún valor.

En España al igual que en Italia, un sector de la doctrina habla de un “derecho a la tutela cautelar”, que tendría origen constitucional, dado que no sólo se da acceso a ella, sino que se consagra como una garantía que debe ser atendida: el derecho a la tutela cautelar, comprende el derecho de solicitar tutela cautelar, de obtenerla, así como el derecho a que se ejecute la medida cautelar que ha sido dictada por el órgano jurisdiccional. Ello es muy importante si atendemos a la necesidad de efectividad del propio derecho fundamental a la tutela cautelar, que determina que nos sea suficiente garantizar a los sujetos el derecho a solicitar la tutela cautelar, sino que se hace preciso que la protección constitucional alcance al derecho a obtener aquella ayuda solicitada, y de que la misma se ejecute, cuando haya sido dictada (CHAMORRO BERNAL, 2006). La tutela cautelar es considerada por los juristas españoles como un instrumento del instrumento (FAIRÉN GUILLEN, 1969) que es el proceso, por lo que carece de autonomía propia, siendo ésta la razón por la que la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón (ENTERRÍA., 1992).

Con la relación de todos los antecedentes doctrinarios anteriores, podemos evidenciar que todas las falencias del sistema judicial contencioso administrativo derivan de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que data de 1968, y, están presentes actualmente en los artículos 299 a 317 y 326 a 331 del Código General de Procesos, y, el artículo 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, estando retrasado, en un muchos años con respecto al control judicial que se realiza en toda Latinoamérica y Europa, por lo que se impone la necesidad de un sistema procesal que gire en torno a postulados de control integral y efectivo de la Administración Pública, proporcionando las acciones y mecanismos tutelares a través de los cuales los habitantes puedan ejercer su derecho a la tutela judicial y a la garantía de sus derechos fundamentales y no simplemente los casos de actuaciones, como lo ha hecho erróneamente el legislador en las normas jurídicas citadas.

La normativa que regula el proceso contencioso administrativo en el Código General de Procesos, y en el Código Orgánico de la Función Judicial, violentan los principios de “Servicio a la comunidad”, de “Celeridad”, de “Acceso a la Justicia”, de “Tutela Judicial Efectiva” y de “Seguridad Jurídica”, contenidos en los artículos 17, 20, 22, 23 y 25 del Código Orgánico de la Función Judicial, por cuanto no asegura el acceso del ciudadano a la justicia en forma eficiente y eficaz, con el agravante de no constituir ninguna tutela a sus derechos vulnerados, debido a sus fallas estructurales a nivel de órganos y a nivel del proceso contencioso administrativo; llevando todo ello, a que el

ciudadano disfrace la violación a sus derechos subjetivos como una violación a derechos constitucionales, interponiendo acciones de protección, que en la práctica tampoco prosperan por cuanto se topa con el inconveniente de lo establecido en los artículos 40 numeral 3 y 42 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, esto es, la imposibilidad de demostrar que la vía contencioso administrativa no es la correcta para un reclamo de derechos subjetivos y, además, que ésta no es eficaz.

Metodología de elaboración

El método empleado en la elaboración de la presente ponencia está compuesto por las etapas:

1º Etapa: Cuestionamiento de la existencia de jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador: Tomando como punto de partida todos los elementos que la doctrina en el mundo ha considerado que deben ser los característicos de una jurisdicción a la cual se acude para garantizar del derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva y a la Seguridad Jurídica de los habitantes en sus litigios frente al Estado.

2ª Etapa: Determinación de faltas, fallas y lagunas normativas en la institución de la jurisdicción contencioso administrativa: Llegado a este punto, se comprobará la situación legislativa actual de la denominada jurisdicción contencioso administrativa, en la cual se darán a conocer cuáles son las falencias de las normas que la rigen.

3ª Etapa: Validación doctrinaria: La ponencia se validó mediante la aplicación de la teoría deductiva a cada una de las situaciones que forman parte de la propuesta, utilizando los criterios de la Doctrina.

Validación

La ponencia ha sido validada mediante la aplicación de la teoría deductiva, utilizando los criterios de la Doctrina del Derecho Administrativo y Procesal Administrativo.

Validación conceptual de la necesidad de una estructura de jueces unipersonales en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La existencia de una estructura de la Jurisdicción Contencioso Administrativa con la presencia de jueces unipersonales ha sido aceptada por doctrinarios europeos (OVERSTAKE, Jean Francis, 2012) por las siguientes argumentaciones lógico-jurídicas:

1. El juez unipersonal es una realidad que ha ido acentuándose en el ámbito de la justicia.

2. La justificación de la existencia del juez unipersonal contencioso administrativo estriba en que las virtudes atribuidas a la colegialidad tenían que ser matizadas, principalmente por el hecho de que el número de jueces era insuficiente frente al fuerte aumento de los contenciosos, viéndose así muy reducido el tiempo de reflexión de los jueces colegiados bajo la presión de las exigencias de productividad.
3. El sistema del juez unipersonal favorecería el sentido de la responsabilizarían.
4. La Institución del juez unipersonal forma parte de las medidas destinadas a acelerar la justicia administrativa.

Validación conceptual de la necesidad de un proceso que garantice a los administrados la Tutela Judicial efectiva.

La presencia en la propuesta de una un proceso que garantice a los administrados la Tutela Judicial efectiva ha sido aceptada por la doctrina argentina (BALBIN, Curso de Derecho Administrativo, 2008), peruana (SUMARIA Benavente, 2009) y europea (CHAMORRO Bernal, 2006) por las argumentaciones lógico-jurídicas que detallo a continuación:

1. El acceso judicial debe estudiarse e interpretarse desde los derechos de las personas y no desde el privilegio estatal de revisión de sus propios actos.
2. El derecho de las personas en este contexto es el acceso a la justicia —sin restricciones— y al debido proceso judicial —sin dilaciones.
3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos interpretó que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende: el derecho de acceso a la justicia, a la defensa y al debido proceso, al pleno conocimiento y publicidad de todas las etapas del proceso, a utilizar medios de prueba, a ser juzgado por un juez natural de manera imparcial, a la gratuidad del proceso, a un proceso sin dilaciones, a interponer recursos efectivos, a asistencia letrada y obtener una decisión fundada.
4. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva es el derecho que tiene todo sujeto de derecho de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego de cual se expedirá una resolución fundada en derecho con posibilidad de ejecución.
5. Los grados del derecho a la tutela judicial efectiva son: a) El primer grado que comprende el acceso a la jurisdicción, una tutela jurisdiccional; b) el segundo grado comprende el obtener una respuesta que resuelva el conflicto y que este fundada en derecho; y c) el tercer grado exige que esta respuesta que otorga el órgano jurisdiccional sea susceptible de ser ejecutada.

Validación conceptual de la necesidad de un proceso administrativo que otorgue seguridad a los derechos procesales de las partes:

La figura de un proceso administrativo que otorgue seguridad a los derechos procesales de las partes ha sido aceptada por la doctrina argentina (CASSAGNE, 2011), colombiana (SANTOFIMIO, 2007) y mexicana (ITURBE Rivas, 2004) por las siguientes argumentaciones lógico-jurídicas:

1. Mientras el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas, el derecho a la jurisdicción reclama, simultáneamente, el derecho a ocurrir ante un juez en procura de justicia a fin de obtener una sentencia justa y motivada susceptible de los recursos previstos en las leyes, junto con la exigencia de que el proceso se sustancie con rapidez, dentro de plazos razonables.
2. El derecho al acceso a la justicia implica para el interesado no sólo la posibilidad de poner en movimiento la actividad jurisdiccional mediante los actos de postulación previstos en las normas procesales, sino que la actuación judicial se adelante conforme a las reglas del debido proceso, una de las cuales consiste en que el mismo se tramite "sin dilaciones injustificadas", esto es, con observancia estricta de los términos procesales, y que se produzca una sentencia de mérito o de fondo, conforme al principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el derecho procesal.
3. La justicia contencioso administrativa se vincula a parámetros que difieren de una simple justicia formal y nos trasladan indudablemente a senderos de justicia sustancial, de fondo, de prevalencia del contenido, no procesalista, oportuna y efectiva en la protección y garantías de los derechos de las personas y del interés general. Bajo este concepto se involucran, por lo tanto, derechos fundamentales como los de legalidad y debido proceso.

Validación conceptual de la necesidad de Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa:

La figura en la propuesta de Medidas cautelares en la Jurisdicción Contencioso Administrativa es considerada fundamental en la defensa de la tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica por la doctrina española (GONZÁLEZ PÉREZ Jesús Tercera edición, 2001) por las siguientes argumentaciones lógico-jurídicas:

1. La efectividad de la tutela judicial depende del grado de eficacia del sistema de control jurisdiccional de la administración y esa eficacia está condicionada, a su vez, por la regulación misma del cauce procesal a través del que se producen las posibilidades de conservación del derecho o situación jurídica litigiosa mientras penda el proceso.
2. Aunque no haya dilaciones indebidas, la sustanciación de un proceso judicial siempre consume un prolongado espacio de tiempo, con el riesgo de que en ese intervalo la situación haya devenido irreversible o de difícil reparación. Por razón de ese “periculum in mora”, y ante la tensión dialéctica entre la autotutela administrativa y el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, cobra singular importancia la adopción de medidas cautelares que garanticen que el proceso judicial cumpla su función institucional.
3. Para que surja el interés específico en reclamar una medida cautelar, es necesario que a estos dos elementos (prevención y urgencia) se añada un tercero, que es en el que propiamente reside el alcance característico del periculum in mora; esto es, hay necesidad de que para obviar oportunamente el peligro de daño que amenaza el derecho, la tutela ordinaria se manifieste como demasiado lenta, de manera que, en espera de que se madure a través del largo proceso ordinario la providencia definitiva, se deba proveer con carácter de urgencia a impedir con medidas provisionales que el daño temido se produzca o se agrave durante aquella espera.
4. La medida cautelar solicitada por el recurrente (suspensión u otra cualquiera que resulte adecuada), será de aplicación cuando, de no acordarse la misma, la ejecución del acto impugnado o la aplicación de la disposición general puedan causar daños de difícil o imposible reparación, haciendo así que el recurso pierda su finalidad.

CONCLUSIONES

1. La realidad actual de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en su rol de control judicial de las actuaciones de las Administraciones Públicas, no constituye ninguna garantía del derecho fundamental a la Tutela Judicial Efectiva, debido a la ausencia de órganos judiciales unipersonales que agilicen el proceso y un procedimiento contencioso administrativo eficiente y eficaz, al mantener un sistema basado en normas que no constituyen un verdadero Derecho Procesal Administrativo.
2. La estructura actual de los órganos de administración de justicia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene incidencia sobre la prestación del servicio judicial que debe realizar, porque los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo no tienen la capacidad para sentenciar todas las demandas que ingresan anualmente, debido al sistema de órgano colegiado que implica la decisión de tres jueces en lugar de uno solo, trayendo la lógica consecuencia de no realizar un efectivo control judicial de la actuación de las Administraciones Públicas y no garantizan el derecho constitucional a la Tutela Judicial Efectiva de los particulares.
3. La falta de un procedimiento sencillo y expedito para la sustanciación de todas las clases de acciones que presentan los particulares contra el Estado en la Jurisdicción Contencioso Administrativa actual produce los siguientes efectos: a) Ausencia de medidas cautelares que eviten lesiones a derechos subjetivos o intereses legítimos por la mora en el despacho; b) la ausencia de un recurso de apelación por la inexistencia de primera instancia en la Jurisdicción Contencioso Administrativa; c) carencia de diferentes clases de acciones dependiendo de la materia administrativa sujeta al control judicial, ocasionando que actualmente sólo se puedan interponer como recursos subjetivos u objetivos y, d) la imposibilidad de ejecutar las sentencias por la falta de medidas cautelares de ejecución efectivas.

BIBLIOGRAFÍA

- AUBY y DRAGO . (1962). *Traite de Contentieux Administratif* (Vol. I). Paris. p. 50
- BALBIN, C. (2008). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. Tomo II). Buenos Aires: Editorial La Ley. pp. 736-737
- CASSAGNE, J. C. (2011). *Tratado General de Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires, : Editorial La Ley. p. 96-97, 99
- CHAMORRO BERNAL, F. (2006). *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Barcelona: Bosch. p. 291-292
- CHAMORRO Bernal, F. E.-2. (2006). *La Tutela Cautelar. Su configuración como derecho fundamental*. Lima – Perú: Ara Editores.
- DROMI, R. (1987). *Manual de Derecho Administrativo* (Vol. tomo 2). Buenos Aires: Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma. p. 255- 256
- ENTERRÍA., G. D. (1992). *La batalla por las medidas cautelares*. Madrid: Civitas. pp. 75-76, 337-340, 356
- ENTRENA CUESTA, R. (1995). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos. p. 25
- ESPIÑOZA, G. (1992). *Diccionario de jurisprudencia contencioso administrativa. Recopilación de la totalidad de resoluciones en el periodo 1968 – 1992*. Quito: publicación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. pp. 438-439.
- FAIRÉN GUILLEN, V. (1969). *Temas del ordenamiento procesal, proceso civil, proceso penal, arbitraje*. Madrid: Tecnos. p. 44
- GALINDO, J. C. (2006). *Lecciones de Derecho Procesal Administrativo* (Segunda ed., Vol. I). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. pp. 4, 83-85, 50, 52, 99
- GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ . (2008). *Curso de Derecho Administrativo* (Vol. Tomo II). Bogotá-Lima: Temis Palestra. pp. 577-579
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1985). *Derecho Procesal Hispanoamericano*. Colombia: Editorial Temis. p. 73
- HUTCHINSON, T. T. (2009). *Derecho Procesal Administrativo* (Primera ed., Vol. Tomo I). Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores. pp. 66-68,
- ITURBE Rivas, A. (2004). *Elementos de Derecho Procesal Administrativo*. México: Editorial Porrúa. pp. 4, 21
- MORA GUZMÁN, A. (2007). *Estudio comparativo entre los recursos subjetivo, objetivo y la acción de lesividad en la jurisdicción contencioso administrativa en el Ecuador* (Primera ed.). Quito: Editorial Jurídica. pp. 4, 5, 9, 21
- OVERSTAKE, Jean Francis . (12 de mayo de 2012). *Página web de la Universidad de Alcalá*. Obtenido de [http://dspace.uah.es/dspace/handle/10017/391/browse?value=Overstake%](http://dspace.uah.es/dspace/handle/10017/391/browse?value=Overstake%20)
- PARADA, R. (2007). *Derecho Administrativo* (Décimo Sexta ed., Vol. Tomo I). Madrid-Barcelona - Buenos Aires: Marcial Pons. p. 613
- PICÓ I JUNOY, J. (2002). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch. p. 131
- PONCE MARTÍNEZ, A. (1991). *Curso de derecho procesal ecuatoriano*. Quito: Editorial Pontificia Universidad Católica. p. 56
- PRIETO y CASTRO . (1968). *Derecho Procesal Civil* (Vols. T.I.), p. 182

- RODRÍGUEZ, L. (05 de Diciembre de 2012). *página web de la Universidad Nacional Autónoma de México*. Obtenido de <http://biblio.juridicas.unam.mx/>
- SANTOFIMIO, J. (2007). Tratado de Derecho Administrativo (Vols. Tomo III,). Universidad Externado de Colombia. pp. 40-41, 46, 57, 64, 66
- SUMARIA Benavente, O. (2009). *El Sistema de la Tutela Jurisdiccional* (Vol. 3). Pontificia Universidad Católica del Perú, Revista de la Maestría en Derecho Procesal. pp. 365-387
- TINOCO Richter, C. (1970). Teoría de la Administración y el Derecho Administrativo. Caracas: Instituto de Investigaciones, Facultad de Ciencias Económicas y Sociales, Universidad Central. p. 259-260
- TROYA, A. (1978). *Elementos de Derecho Procesal Civil* (Vol. Tomo I). Quito: Ediciones de la Universidad Católica. p. 182
- VELÁSQUEZ, E. (12 de marzo de 2009). *Revista de Derecho on line de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. Obtenido de http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=category§ionid=4&id=14&Itemid=29