

**UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR  
DE LOJA**

**ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**MAESTRÍA EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

**“DE LOS RECURSOS ANTE EL TRIBUNAL DISTRITAL  
DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”**

**AUTOR:**

**DR. ALFREDO H MORA GUZMÁN**

**DIRECTOR:**

**DR. PABLO ZAMBRANO ALBUJA**

**LOJA-ECUADOR**

**AÑO**

**2.010**

## **DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

Las ideas emitidas en el contenido del informe final de la presente investigación son de exclusiva responsabilidad del autor.

---

Dr. Alfredo H Mora Guzmán

## **CESIÓN DE DERECHOS**

### **DE AUTOR**

DR. ALFREDO H MORA GUZMÁN, declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad Técnica Particular de Loja la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero académico o institucional (operativo) de la Universidad.”.

---

Dr. Alfredo H Mora Guzmán

**AGRADECIMIENTO**

*A MI FAMILIA POR SER EL APOYO CONSTANTE Y GENEROSO EN TODO LO QUE EMPRENDO.*

**DEDICATORIA:**

*A GUILLERMO SEBASTIAN ROGEL MORA, MI SOBRINO, POR SER QUIEN ME ENSEÑA CON ALEGRÍA, DÍA A DÍA QUE TODO ES POSIBLE.*

## **ESQUEMA DE CONTENIDOS**

1. Historia General de la Jurisdicción Contencioso Administrativa
  - 1.1 Historia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Ecuador
  - 1.2. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo.
  
2. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
  - 2.1.Derecho a la Impugnación.
  - 2.2.La Jurisdicción.
  - 2.3.Impugnabilidad en Sede Judicial.
  - 2.4.Que se impugna en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
  - 2.5. El Recurso Contencioso Administrativo.
  - 2.6.Procedencia del Recurso Contencioso Administrativo.
  
3. Los Recursos Subjetivo y Objetivo en la Jurisdicción Contencioso
  - 3.1. La Calificación del Recurso Contencioso Administrativo
  - 3.2. El Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo
  - 3.3. Procedencia del Recurso Subjetivo
  - 3.4. Objeto del Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción.
  - 3.5. Requisitos para interponer el Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción.
  - 3.6. Diferencias entre el Recurso Subjetivo y Objetivo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador

- 3.7. El Contencioso Administrativo en relación al ámbito de la Contratación Pública en el Ecuador
- 3.8. La inclusión del El Recurso Contencioso Administrativo para otras instituciones del Derecho Administrativo
- 3.9. El Recurso de Casación en materia Contencioso Administrativa.
- 3.10. Causales.
- 3.11. Legitimación y Términos para la Interposición.
- 3.12. Los Requisitos Formales.
- 3.13. Comentario y Propuesta.
- 3.14. El Recurso de Hecho en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.
- 3.15. Efectos.
- 3.16. Comentario sobre los Recursos Contenciosos Administrativos en el Ecuador.
- 3.17. Excepciones a la Jurisdicción Contencioso Administrativa

#### 4. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINSTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

- 4.1. Concepto del Recurso Contencioso Administrativo en la Legislación Española.
- 4.2. La Administración Pública en España
- 4.3. Actividad administrativa impugnabile
- 4.4. Ponen fin a la vía administrativa
- 4.5. Quienes pueden recurrir
- 4.6. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo
- 4.7. Representación y defensa de las partes
- 4.8. Representación y defensa de las Administraciones Públicas

4.9. Plazos para la interposición del recurso contencioso-administrativo

4.10. Interposición del recurso contencioso-administrativo y documentación a acompañar.

4.11. Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

4.12. Los Recursos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Perú.

## 5. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN DE COLOMBIA.

5.1. El Consejo de Estado en Colombia.

5.2. Competencia del Consejo de Estado.

5.3. La Competencia de los Tribunales Administrativos:

5.4. Formas de fijar la Competencia a nivel nacional

## 6. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.

6.1. Elementos Fundamentales del Régimen Contencioso Administrativo Según la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

6.2. Órganos de la Administración Pública.

6.3. Recursos Contenciosos Administrativos.

6.4. Entes que se asemejan a las Administraciones Públicas.

6.5. Competencia de los Órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

6.6. DE LA ESTRUCTURA ORGANICA DE LA JURISDICCION  
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

6.7. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO  
ADMINISTRATIVA.

6.8. La Competencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de  
Justicia.

6.9. Quiénes pueden interponer acciones contencioso administrativas.

6.10. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CARENTES DE CONTENIDO  
NORMATIVO.

6.11. DEL PROCEDIMIENTO DE LOS RECURSOS CONTRA LAS VÍAS DE  
HECHO.

7. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SU DIFERENCIA CON LOS RECURSOS  
SUBJETIVO Y OBJETIVO.

7.1. Significado de la Acción de Protección.

7.2. Historia.

7.3. Sus antecedentes.

7.4. Derechos Protegidos por la Acción de Protección.

7.5. La naturaleza de la Acción

7.5.1 Consideraciones Procesales según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales  
y Control Constitucional.

7.6. Quiénes pueden interponer la Acción de Protección.

- 7.7. La Inmediatez o celeridad en emitir una resolución
- 7.8. Principios que rigen la Acción de Protección.
  
- 7.9. La admisibilidad de la Acción
- 7.10. Competencia
- 7.11. Jurisdicción
  
- 7.12. Legitimación
  
- 7.13. Presupuestos procesales
  
- 7.14. La admisión
  
- 7.15. Las partes
  
- 7.16. Medidas precautelares
  
- 7.17. Las Partes
  
- 7.18. Acto u omisión ILEGITIMA de Autoridad Pública o de una Persona Privada
  
- 7.19. Acto violatorio de un Derecho Constitucional
  
- 7.20. Daño
  
- 7.21. La Inconstitucionalidad de los Actos Administrativos.
  
- 7.22. Efectos de la Sentencia
  
- 7.23. La resolución de la Acción de Protección
  
- 7.24. La Declaratoria de Inaplicabilidad de la Norma.

7.25. Ejecución de la Resolución.

7.26. La Acción de Protección y sus nomenclaturas en otras Legislaciones

7.27. Conclusiones sobre la Acción de Protección en relación a los Recursos Contenciosos Administrativos.

8. Propuesta de Reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador.

8.1. Problemática.

9. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CASOS

10. ANEXO. Bibliografía.

## 1. Historia General de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

El Doctrinario Manuel María Díez nos señala que la expresión “Contencioso Administrativo” tuvo origen en el Derecho francés, de éste pasó al derecho español, por ser en esos sistemas, los órganos de la propia administración los que resolvían los litigios entre ésta y los particulares.

La Revolución Francesa introduce en el pensamiento político occidental, dos principios capitales: el principio de legalidad de la acción de los poderes públicos (no se puede exigir obediencia si no “en nombre de la Ley”, dice el artículo 7º de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1.789; hasta entonces el mando se radicaba en la persona sagrada del Rey, cuya posición central será sustituida por la “soberanía de la nación” según el artículo 3º de la Carta antes mencionada.

Los principios de legalidad y de libertad van a forzar al sistema francés a crear en la Constitución napoleónica del año VIII el Consejo de Estado Francés, para “resolver las dificultades que se susciten en materia administrativa” y como órgano puramente administrativo, por supuesto de asistencia al gobierno, basada en reclamaciones de carácter patrimonial en primer término, posteriormente admitirá las quejas de ciudadanos que se sienten perjudicados por actuaciones arbitrarias de la administración.

En 1.806 se crea ya en el Consejo de Estado una sección de lo Contencioso-Administrativo, que comienza a operar con procedimientos formalizados; es el primer sistema y aunque de forma de “justicia retenida”; la justificación se hace sobre el principio *juger l' Administration c'est encore administrer*, “juzgar a la administración sigue siendo administrar”.<sup>1</sup>

Ésta actuación de los órganos de la propia administración se basa en la proclamación que hizo la Asamblea Nacional Francesa a comienzos del siglo XIX, la que hacía referencia a que los órganos de la justicia ordinaria no podían ni debían juzgar las actuaciones de la administración.

A Napoleón se debe la creación del Consejo de Estado y de los Consejos de Prefectura, integrados por funcionarios dependientes de la Función Ejecutiva y constituidos en el modelo de la organización militar.

España con la Constitución de Bayona, siguió el modelo francés, más tarde, con la Constitución de Cádiz se reconoció el principio de la división de funciones y se declaró que la Función Judicial es la única que puede aplicar contenciosamente la Ley, sin más fueros privativos que el eclesiástico y el militar.

En 1845 se resolvió instaurar la jurisdicción administrativa como fuero de la administración activa, de la distinción que se hace entre administración activa y administración contenciosa, nace la idea y luego el principio de la especialización jurisdiccional que se confía al Consejo del Reino y a los Consejos Provinciales, como titulares de la competencia en la aplicación de la ley en los conflictos entre la administración y los administrados, o entre la administración central y la descentralizada.

El proceso podrá instaurarse por iniciativa de la administración que acudía como actora cuando encontraba oposición a una actuación administrativa, señala Díez que el proceso contencioso administrativo fue en Francia y en España, similar al Civil, “con una consecuencia trascendental, cual es la de no se puede alterar la situación de hecho existente en el momento en que surge el conflicto”.

Así la jurisdicción contencioso administrativa fue de carácter resolutoria en cuestiones de conflicto, en primer grado, antes que revisora de las actuaciones administrativas.

Ésta institución jurídica así nacida y concebida en sus orígenes, ha derivado en tres sistemas reconocidos por la doctrina, sistemas que se caracterizan por la forma de establecer el órgano jurisdiccional competente, y por las materias confiadas a esa competencia.

## **1.1 Historia de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Ecuador**

En el Ecuador el control a la Administración Pública se ha efectuado en dos fases:

1) Mediante el control administrativo que lo ejerce directamente la propia administración y 2) A través del control Jurisdiccional que anteriormente a las reformas constitucionales estaba confiado al Tribunal de lo Contencioso Administrativo de carácter nacional.

El Control Jurisdiccional, en el pasado solo era admisible una vez que en el seno de la propia administración el interesado había agotado sus reclamaciones mediante los recursos que se le concedían para tal efecto.

Actualmente el agotamiento de los recursos en la vía administrativa es opcional, sí el administrado desea, puede acudir a ésta vía, de lo contrario puede pasar a demandar el reconocimiento de sus derechos en sede judicial; situación que es del todo comprensible, ya que las decisiones de la Administración son meros actos de revisión, que merecen ser examinados en cuanto a su legalidad por un órgano jurisdiccional independiente.

En el Ecuador, el control constitucional y el control de la legalidad estuvieron confiados a los organismos autónomos desde la Constitución de 1.906 con diferentes nombres: El Consejo de Estado, el Tribunal de Garantías Constitucionales y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

La Constitución Política del Ecuador de 1.946, en su artículo se refiere a las atribuciones y deberes del Consejo de estado (creado en la Constitución de 1906), el numeral 8, dice: “Conocer y decidir de las cuestiones contencioso administrativas”. De ésta manera 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.

El Consejo de estado estaba presidido por el Presidente de la corte Suprema de Justicia, por un senador, un diputado, dos ciudadanos elegidos por el Congreso, el Contralor General de la Nación, el Procurador General de la Nación, un representante del Consejo Nacional de

Economía, el Presidente del Tribunal Supremo Electoral, un representante de las Fuerzas Armadas y el Presidente del Instituto Nacional de Previsión.<sup>2</sup>

En el Registro Oficial N.40 de 19 de Octubre de 1.948 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 nos permitimos transcribir: f) *“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”*.

Posteriormente la Asamblea Nacional Constituyente de 1967 solucionó el problema con la creación del Tribunal de lo Contencioso Administrativo con jurisdicción en todo el país.

En 1.992 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 1.992 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 expedida en el Registro Oficial N°338 de 18 de Marzo de 1.968 que se haya actualmente en vigencia y determina en su Art. 10.- *“Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso - Administrativo:*

- a) *Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad;”* (el subrayado es nuestro).

## **1.2. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo.**

Es una institución de derecho público, independiente, especializada y descentralizada, que forma parte de la función judicial del Estado y que en ejercicio de la Constitución y de la Ley, le corresponde juzgar y hacer cumplir lo juzgado en materia de lo contencioso administrativo.

Los Magistrados que conforman éste Tribunal son responsables de sus actos en el ejercicio de sus funciones, no pueden ser removidos por la autoridad nominadora sino solo por dolo, negligencia, ineptitud manifiesta o incapacidad física o mental en el desempeño de sus obligaciones.

La representación legal, oficial, y administrativa de éste Tribunal, que será conformado por tres magistrados, le corresponde al Presidente del organismo, son entre otras las principales enunciados que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Cabe destacar que mucho se ha discutido y se discute sobre el tipo de jurisdicción que ejerce los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, para el Dr. Alejandro Ponce Martínez dicho órgano colegiado ejerce una jurisdicción de carácter especial o privativa como denomina el Código de Procedimiento Civil, es decir aquella que se limita al conocimiento de cierta especie de asuntos o de cierta clase de personas, y que se determina por una Ley especial.<sup>3</sup>

Ésta opinión la comparte el Doctor Herman Jaramillo Ordóñez, al expresarse sobre las funciones del Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo, en función del artículo 196 de la Constitución Política que dice:

Art.196.- “Los actos administrativos generados por cualquier autoridad de las otras funciones e instituciones del Estado podrán ser impugnados ante los correspondientes órganos de la Función Judicial, en la forma que determina la ley”.

La Ley de Modernización del Estado, dice:

---

Art.38.- (Competencia y Procedimiento).- Los tribunales distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos, reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público.

## **2. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.**

### **2.1. Derecho a la Impugnación.**

El destacado doctrinario ecuatoriano Herman Jaramillo Ordóñez nos dice que impugnar significa: “Oposición, refutación, contradicción formal de los procedimientos administrativos”.

“La impugnación tiene por objeto restituir la legitimidad del obrar administrativo, a fin de restablecer la vigencia plena del derecho vulnerado”.

Así en el procedimiento en sede administrativa el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva determina los recursos de apelación, de reposición, el recurso de nulidad y el recurso extraordinario, detallados en los arts. 173, 174, 176, y 178, de dicho cuerpo normativo.<sup>4</sup>

### **2.2. La Jurisdicción.**

La Jurisdicción es el poder de administrar justicia, en materia contencioso administrativa aplicando la voluntad de la ley.

Es un ejercicio de control que ejecuta la Función Judicial, revestidos de suficiente poder legal, y con competencia para conocer las demandas relacionadas con los actos y resoluciones administrativas, que afectan los derechos de los administrados en forma subjetiva u objetiva.

Mariela Vega de Herrera se expresa de la siguiente forma: “La jurisdicción es la parte de la rama judicial a la cual está atribuido el conocimiento de la acción respectiva” y agrega que “es un mecanismo de control de la legalidad de las actuaciones de las autoridades y de los particulares cuando están revestidos de poder para desempeñar funciones públicas”.

### **2.3. Impugnabilidad en Sede Judicial.**

La impugnabilidad en sede judicial procede únicamente por razones de legitimidad en la cuestión contencioso administrativa, a razón de que el órgano administrador de justicia ejerce un control judicial de legitimidad, que comprende valga la redundancia el control del ejercicio de las facultades regladas de la administración, y además el control de las facultades discrecionales, éste último a razón o en medida que ésta una vez emanada haya causado una violación de principios jurídicos tales como la razonabilidad, la desviación de poder, la buena fe, etc.

Se podrá impugnar en vía judicial un acto de alcance particular, cuando revista calidad de definitivo, y se hubieren agotado las respectivas instancias administrativas, siendo esto último facultativo, es decir actualmente no es necesario el agotar las instancias administrativas ya que se puede acudir directamente a la vía judicial, (salvo que una ley especial determine lo contrario).

Además se puede también impugnar el acto de alcance general; es decir cuando un acto afecte o pueda afectar de forma cierta e inminente los derechos subjetivos, y quien se sienta perjudicado o posiblemente perjudicado haya formulado el reclamo ante la autoridad que dictó el acto y que el resultado le haya sido adverso a sus intereses.

### **2.4. Que se impugna en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.**

Tanto la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en sus artículos 1 y 2, como la Ley de Modernización del Estado en su artículo 38, coinciden en que son impugnables los: Reglamentos, actos, resoluciones, hechos, contratos que hayan sido suscritos por los representantes de los organismos del Estado o personas jurídicas semipúblicas, inclusive los suscritos por personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.

Además se puede también impugnar el acto de alcance general; es decir cuando un acto afecte o pueda afectar de forma cierta e inminente los derechos subjetivos, y quien se sienta perjudicado o posiblemente perjudicado haya formulado el reclamo ante la autoridad que dictó el acto y que el resultado le haya sido adverso a sus intereses.

## **2.5. El Recurso Contencioso Administrativo.**

Más que un concepto debemos decir que “el fin de los recursos contenciosos administrativos es el de restablecer la legalidad objetivamente o subjetivamente violada no considerada por la administración, y por ello impugnada ante el órgano judicial competente para asegurar la regularidad de las actividades públicas mediante el control que éste hace de dichas funciones”.<sup>5</sup>

## **2.6. Procedencia del Recurso Contencioso Administrativo.**

- **El Recurso Contencioso Administrativo solamente puede promoverse contra un acto o un Hecho Administrativo.**

La resolución que se impugna por el recurso debe haber sido dictada por la administración pública y que ésta haya obrado como tal, es decir como entidad administrativa.

Por lo tanto se excluye de éste juicio:

- a) Toda controversia entre particulares,
- b) Los actos del poder ejecutivo como poder político (actos de gobierno), ejemplo los de carácter internacional o diplomático, la concesión de indultos.

Estas dos excepciones se encuentran contenidos en los literales: b) y c) del Art.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que dicen:

- a) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones.
- b) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa.

- **Actos emanados de facultades regladas.**

El artículo antes mencionado en su literal a), dice:

“ Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración”.

Por ello es necesario que para que proceda el recurso contencioso en general, que la resolución administrativa impugnada haya emanado de la Administración Pública ejerciendo ésta, en la esfera de su competencia, una facultad reglada, es decir que cumpla con el principio de legalidad.

- **Violación de un Derecho Administrativo.**

Para promover un recurso contencioso administrativo es necesaria una resolución administrativa que haya vulnerado un derecho de carácter administrativo, vale la pena mencionar que debe ser un acto administrativo que lesione un derecho establecido en disposición legal, reglamentaria o contractual de una entidad administrativa.

Al decir violación de un derecho administrativo se da a entender violación de una disposición legal, etc., administrativa. Cuando el órgano, funcionario, sale de la esfera administrativa se produce una **vía de hecho**, y entonces procede la acción judicial, civil, penal, etc.

Lo que importa no es el derecho que se lesiona, sino la naturaleza del acto por el cual ese derecho es lesionado, sí el acto es administrativo, el caso será contencioso administrativo.

Ejemplo de ésta situación es el caso de la expropiación que es acto de autoridad, pero la indemnización es un derecho patrimonial, en caso contencioso, lo mismo la servidumbre administrativa. La determinación, en caso de cuestión, es de competencia contencioso administrativa, pero la indemnización es de competencia de un Juez Civil, al que le corresponde la determinación del valor con el que se compensará al titular del bien que es objeto de la declaratoria de “utilidad pública”.

En la fijación de la indemnización del expropiado el derecho que se cuestione es exclusivamente privado.

Lo que determina la competencia del Tribunal Contencioso Administrativo, es precisamente el acto administrativo y el derecho que de éste nace, de ahí el procedimiento contencioso administrativo. Ese es el privilegio de la Administración.

Pero el tasar el valor de la cosa expropiada no es facultad de la administración.

### **Autoridades que forman parte del sector público.**

El Art. 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dice: 1.- Por Administración Pública:

- a) La administración del Estado, en sus diversos grados.
- b) Las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional.
- c) Los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales.

2.- Por personas jurídicas semipúblicas, las creadas y reguladas como tales por la ley, cualquiera sea su denominación, inclusive la de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública.

Por otro lado la Constitución de la República del Ecuador elaborada por la Asamblea Nacional Constituyente y aceptada en referéndum por la mayoría del pueblo ecuatoriano determina en su artículo 225 dice:

“El sector público comprende:

1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.
4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

### **3. Los Recursos Subjetivo y Objetivo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador.**

Son formas de contralor jurisdiccional sobre los actos de la administración pública sobre los actos de la administración pública, estos dos recursos, que están plenamente determinados en el art. 3 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y que estudiaremos a continuación:

#### **3.1. La Calificación del Recurso Contencioso Administrativo**

En cuanto a la determinación de la clase de recurso interpuesto tanto la unánime jurisprudencia de esta Sala como del extinguido Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así como la doctrina de los tratadistas establecen que corresponde al tribunal determinar si el recurso propuesto es objetivo o subjetivo, aún contra lo que diga el recurrente, habida cuenta de que este bien puede utilizar la determinación del recurso para adecuarlo a sus personales intereses en el caso. La atribución de la determinación por parte del Tribunal de ninguna manera se ve limitada por la calificación de los requisitos formales de la demanda, realizada en la primera providencia por el Magistrado de Sustanciación.

#### **3.2. El Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo:**

##### **Concepto.-**

Según Rafael Bielsa, es aquel con el cual se protege el derecho subjetivo que emana de la Ley, reglamento, ordenanza, decreto o del contrato administrativo, “no basta la lesión de un mero interés legítimo”<sup>6</sup>

Según nuestra Ley de la materia es: “**es aquel que ampara un derecho subjetivo del recurrente, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata**”.

Para el Dr. Herman Jaramillo Ordóñez el recurso de plena jurisdicción o subjetivo es “uno de los mecanismos de control en el régimen democrático que nos ofrece el Estado social de derecho, a favor de toda persona que ha sufrido agravio por voluntad de la Función Administrativa, restableciendo los derechos vulnerados reconocidos por el ordenamiento jurídico y declarando al mismo tiempo la nulidad del acto transgredido”.

Para Carlos Ramírez Arcila “es el ejercicio del poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho de dirigirse a los órganos jurisdiccionales para que procesalmente se les resuelvan sus pretensiones”. (7)

Por intermedio de éste recurso, el Tribunal juzga el acto originario o el hecho generador del recurso y sus consecuencias, también se decide sobre costas, hay reparación integral del derecho lesionado, y como éste derecho pertenece a un sujeto, es derecho subjetivo.

Se ha dicho que el recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción tiene por objeto defender los derechos subjetivos, razón por la cual ese recurso se fundamenta siempre en la violación de una norma, o de un contrato que atribuye un derecho perfecto, y no en la lesión de un mero interés legítimo.

Según Rafael Bielsa la estructura legal básica de éste recurso se compone de las siguientes características:

- a) Hay dos partes en el juicio en pie del principio de igualdad: el administrado (actor) y la administración (demandado).
- b) La sentencia que declara ilegal el acto administrativo condena a la reparación del derecho lesionado.
- c) Existe condenación en costas, salvo excepciones.
- d) La sentencia tiene efectos inter partes.
- e) Se admite la tercería, es decir la comparecencia de quien desea que se mantenga el acto o hecho administrativo, quien en éste caso sería junto con la administración los demandados.

Héctor Jorge Escola el recurso de plena jurisdicción es “aquella en cuya virtud se solicita del órgano jurisdiccional interviniente la anulación del acto impugnado y, al mismo

tiempo, el reconocimiento de la situación jurídica individualizada que corresponde al accionante, por medio del restablecimiento de su derecho violado y, en su caso, la reparación del daño que le hubiera resultado”.

“Es la acción contencioso administrativa por antonomasia, en cuyo conocimiento el órgano jurisdiccional tiene plena jurisdicción, y de ahí su nombre”. (8)

Cabe señalar que las tendencias más actuales solo admiten la existencia de las acciones de plena jurisdicción, en la que se subsume la de nulidad, las de interpretación y lesividad, y el recurso contencioso administrativo, a los que se agregan a veces ciertos procesos especiales, y una acción de protección contra todo acto u omisión de la autoridad pública que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, los derechos o garantías que corresponden a los administrados.

### **3.3. Procedencia del Recurso Subjetivo.**

El Recurso de plena jurisdicción o subjetivo procede para la defensa del derecho subjetivo o sea una pretensión exclusiva a un individuo, es decir cuando se crea que un derecho declarado en la Ley o en el contrato administrativo ha sido violentado y por ende se busque la reparación del daño que hubiere resultado, pero tomando en cuenta que la reparación de un derecho pecuniario por diferir del derecho administrativamente declarado o convenido que tiene otra naturaleza, debe de ser reclamado ante los jueces ordinarios, como es el caso de la indemnización de daños y perjuicios.

- **Antes de entrar en vigencia la Ley de Modernización se exigía la decisión definitiva que cause estado.**

En el pasado se requería en nuestra legislación, que se haya agotado necesariamente la vía administrativa, para poder demandar en sede judicial, esto es, que la resolución de la Administración cause estado, es decir que debe tratarse de una decisión final.

Este requisito como ya lo habíamos mencionado, es opcional en el caso ecuatoriano, porque así lo establece el Art. 38 de la Ley de modernización del Estado.

Sin embargo hay que tener en cuenta que una Ley Orgánica puede llegar a exigir determinado procedimiento para iniciar un juicio contencioso administrativo, como por ejemplo el imponer de manera categórica el agotamiento en la vía administrativa, para que solo así y sí el administrado se siente perjudicado en sus derechos, pueda recurrir ante los órganos competentes de la Función Judicial; de lo mencionado ponemos como ejemplo el art. 138 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal que dice:

“ Art. 138.- Excepto en lo contencioso tributario, toda persona natural o jurídica que se creyere perjudicada por una ordenanza, acuerdo o resolución de la Municipalidad, podrá elevar su reclamo al correspondiente Concejo, el cual obligatoriamente lo resolverá en el plazo máximo de quince días. De no ser resuelto dentro de este plazo o en caso de decisión desfavorable, podrá el interesado recurrir ante el Consejo Provincial respectivo, el cual despachará el recurso en el plazo de treinta días a partir de la presentación de la solicitud de apelación”.

#### **3.4. Objeto del Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción.**

El Recurso de Plena Jurisdicción o Subjetivo tiene por objeto el solicitar del órgano jurisdiccional la anulación del acto impugnado y, así también el reconocimiento de la situación jurídica individualizada que se basa en el derecho declarado y que “ha sido presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por el acto administrativo de que se trata”.

#### **3.5. Requisitos para interponer el Recurso Subjetivo o de Plena Jurisdicción.**

Están determinados en los arts. 3 y 65 de nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y podemos enumerarlos de la siguiente manera:

- 1) La existencia de un derecho subjetivo del recurrente.
- 2) Que éste derecho haya sido presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente.
- 3) Que la negativa, el desconocimiento o no reconocimiento total o parcial del derecho, provenga de un acto administrativo.

4) El término para deducir la demanda en la vía contencioso administrativa será de noventa días, contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que se impugna.

### **3.6. Diferencias entre el Recurso Subjetivo y Objetivo en la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador.**

El recurso de Subjetivo o de Plena Jurisdicción y el recurso Objetivo o de Nulidad; mantienen diferencias muy marcadas, las cuales vamos a detallar a continuación.

**a) Por la Pretensión Procesal:** El recurso subjetivo tiene por finalidad el restablecimiento y protección del derecho subjetivo del administrado, vulnerado por un acto de la Función Administrativa.

En cambio el recurso objetivo tiene por finalidad el restablecimiento del imperio de la normatividad legítimamente establecida y que ha sido violada por la autoridad administrativa, apartándose del principio de legalidad.

#### **b) Según la Pretensión Procesal:**

La Sentencia de la pretensión procesal que se aspira con el recurso subjetivo es constitutiva porque restablece el restablecimiento y existencia de un derecho.

La Sentencia de la pretensión procesal que se aspira con el recurso objetivo es declarativa porque establece la ilegalidad de acto decretándose la nulidad.

Según el colombiano Jesús Gonzalo Pérez, el recurso subjetivo no solo pretende la anulación del acto, sino el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la ésta.

El recurso subjetivo pretende la anulación del acto administrativo, más el reconocimiento de las situaciones jurídicas individualizadas violentadas, más no la reforma del acto que se impugna.

### **3.7. El Recurso Contencioso Administrativo en relación al ámbito de la Contratación Pública en el Ecuador.**

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en el Registro Oficial 338 de 18/03/1968, originalmente concibe originalmente en su artículo 3 que el Recurso Contencioso Administrativo es de dos clases, subjetivo y objetivo.

Sin embargo el legislador al observar que en la realidad existen divergencias originadas en el ámbito de la Contratación Pública ha incluido mediante el Art. 2 de la Ley 2001-56, R.O. 483, 28-XII-2001 en la parte que nos atañe lo siguiente:

*“En los casos que sean de materia contractual y otras de competencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, se podrá proponer la demanda hasta en el plazo de cinco años.”.*

### **3.8. La inclusión del El Recurso Contencioso Administrativo para otras instituciones del Derecho Administrativo.**

Al igual que mediante Ley se ha incluido que se pueda utilizar el Recursos Contencioso Administrativo para el ámbito de la Contratación Pública, debemos manifestar que es imperiosa la inclusión de artículos que rijan para instituciones del Derecho Administrativo como son la Acción de Lesividad, los Hechos Administrativos y la Ejecución de los Actos Presuntos, como muy bien lo cita el maestro Doctor Patricio Cordero Ordóñez a todas ellas, estableciendo a su parecer un plazo de cinco años para interponer el Recurso Contencioso; de las cuales la Acción de Lesividad, fuera ya materia de estudio en una obra publicada en el año 2.006 de quien escribe el presente estudio y en la que se propuso una “Reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” la que incluía ya un plazo de tres años para poder interponer el Recurso Contencioso Administrativo.

### **3.9. El Recurso de Casación en materia Contencioso Administrativa.**

Éste Recurso es de competencia de la hoy Corte Nacional de Justicia, y procede contra sentencias y autos que pongan fin a los procesos de conocimiento, dictados por las cortes provinciales, por los tribunales distritales de lo fiscal y de lo contencioso administrativo.

### **3.10. Causales.**

El Recurso de Casación únicamente procede bajo la limitación causal que transcribimos a continuación y que expresa el artículo 3 de la Ley de Casación de Registro Oficial 299 de 24/03/2004, que dice:

“1ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas de derecho, incluyendo los precedentes jurisprudenciales obligatorios, en la sentencia o auto, que hayan sido determinantes de su parte dispositiva;

2da. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de normas procesales, cuando hayan viciado el proceso de nulidad insanable o provocado indefensión, siempre que hubieren influido en la decisión de la causa y que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada legalmente;

3ra. Aplicación indebida, falta de aplicación o errónea interpretación de los preceptos jurídicos aplicables a la valoración de la prueba, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de normas de derecho en la sentencia o auto;

4ta. Resolución, en la sentencia o auto, de lo que no fuera materia del litigio u omisión de resolver en ella todos los puntos de la litis; y,

5ta. Cuando la sentencia o auto no contuvieren los requisitos exigidos por la Ley o en su parte dispositiva se adoptan decisiones contradictorias o incompatibles.”.

### **3.11. Legitimación y Términos para la Interposición.**

Solo podrá interponer éste recurso el agraviado con la Sentencia u Auto del Juez de Alzada, y lo hará dentro del término de cinco días posteriores a la notificación al Auto o Sentencia.

Para el caso de las entidades del Estado se tendrá un término de quince días para interponer el Recurso de Casación.

### **3.12. Los Requisitos Formales.**

Según el artículo 6 de la Ley de Casación para interponer éste recurso debe respetarse los siguientes lineamientos:

“ REQUISITOS FORMALES.- En el escrito de interposición del recurso de casación deberá constar en forma obligatoria lo siguiente:

1. Indicación de la sentencia o auto recurridos con individualización del proceso en que se dictó y las partes procesales;
2. Las normas de derecho que se estiman infringidas o las solemnidades del procedimiento que se hayan omitido;
3. La determinación de las causales en que se funda; y,
4. Los fundamentos en que se apoya el recurso.”.

### **3.13. Comentario y Propuesta.**

Debo manifestar como corresponde al presente tema, que en alguna ocasión entre mis lecturas sobre temas contenciosos, encontré un libro de un autor de la ciudad de Quito, del cual no mencionaré su nombre por temor a que la memoria que es frágil no me traicione, pero que manifestaba que el Recurso de Casación no debía proceder a su parecer para el caso específico de lo Contencioso Administrativo, pues en pocas palabras, esto supondría un doble control de legalidad, argumentando que sí de por sí el Juez Contencioso Administrativo realiza un control de legalidad el cual lo declara en sentencia, la Casación a su parecer vendría siendo un control nuevamente sobre lo mismo, y que por lo tanto lo que debería existir es un Juez Contencioso Administrativo de Segunda Instancia, más no de Casación como existe en la actualidad.

Opino sobre éste criterio, y en virtud de la Ley vigente, que lo que debería crearse es la figura de los Jueces Contencioso Administrativos de primera instancia, mantener los Tribunales Distritales como Juez de Segunda instancia y mantener a su vez el Recurso de Casación ante la Sala Especializada de la Corte Nacional de Justicia, para que se incremente el control de legalidad en dos instancias, dejando la Casación como Recurso Extraordinario que es como procedente no sobre la connotación del Acto Administrativo en sí, sino sobre la Aplicación e interpretación de la norma inobservada o mal aplicada o aplicada de forma parcial para el caso en concreto.

### **3.14. El Recurso de Hecho en la Jurisdicción Contencioso Administrativa.**

El artículo 9 de la Ley de Casación establece que:

*“ Si se denegare el trámite del recurso, podrá la parte recurrente, en el término de tres días, interponer el recurso de hecho. Interpuesto ante el juez u órgano judicial respectivo, éste sin calificarlo elevará todo el expediente a la Corte Suprema de Justicia. La denegación del trámite del recurso deberá ser fundamentada.*

*Concedido el recurso de hecho, se dejarán copias de la sentencia o auto recurridos para continuar la ejecución, salvo que el recurrente solicite la suspensión de ésta, constituyendo caución conforme lo previsto en esta Ley.*

*La Sala respectiva de la Corte Suprema de Justicia, en la primera providencia y dentro del término de quince días, declarará si admite o rechaza el recurso de hecho; y, si lo admite, procederá conforme lo expuesto en el artículo 13.”*

### **3.15. Efectos.**

En cuanto a los efectos que se establecen, el artículo 10 de la Ley de Casación determina que de la sentencia emitida y haya sido recurrida por los órganos del Estado, se interrumpirá los efectos de ésta Resolución hasta cuando sea resuelta definitivamente por la Corte Nacional de Justicia, sin que haya condicionamiento para el Estado de otorgar caución alguna a favor de la contraparte en dicho proceso.

### **3.16. Comentario sobre los Recursos Contenciosos Administrativos en el Ecuador.**

Debemos anotar que el recurso subjetivo o de plena jurisdicción en y el recurso objetivo o de nulidad, guardan rasgos similares en nuestra legislación, pero ha dado lugar a la formulación de hipótesis en lo relativo a la nulidad de los actos o resoluciones generales; sobre ésta situación la hasta ese entonces “Corte Suprema de Justicia”, hoy Corte Nacional de Justicia, mediante resolución publicada en el registro oficial N° 722 el 9 de Julio de 1.991 aclaró éste particular y determinó:

*“Que respecto a un acto administrativo de carácter general, pueden interponerse recurso objetivo o de anulación cuando se pretende únicamente el cumplimiento de la norma jurídica objetiva, o recurso de plena jurisdicción o subjetivo, cuando se demanda el amparo de un derecho subjetivo del recurrente”.*

### **3.17. Excepciones a la Jurisdicción Contencioso Administrativa:**

Según el art. 6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; “no corresponden a la jurisdicción contencioso –administrativa:

- a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración;
- b) Las cuestiones de carácter civil o penal pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y las que, por su naturaleza, sean de competencia de otras jurisdicciones;
- c) Las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como aquellas que afectan a la defensa del territorio nacional, a las relaciones internacionales, a la seguridad interior del Estado y a la organización de l Fuerza Pública, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa;
- d) Las resoluciones expedidas por los organismos electorales;

e) Las resoluciones que se dicten con arreglo a una ley que expresamente les excluya de la vía contenciosa”.

#### **4. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.**

##### **4.1. Concepto del Recurso Contencioso Administrativo en la Legislación Española.**

“El recurso contencioso-administrativo se puede interponer contra las disposiciones de carácter general y contra los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos”.

También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho.

No es admisible recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma.

Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación.

Si en un plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.

El recurso contencioso-administrativo se inicia con un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto dicho recurso.

El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expresa.

Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzcan el acto presunto.

La competencia de los Juzgados y Salas de lo Contencioso-Administrativo no será prorrogable y deberá ser apreciada por los mismos, incluso de oficio, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días.

El recurso contencioso-administrativo se encuentra regulado en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativo (BOE N° 167, de 1998).

#### **4.2. La Administración Pública en España:**

El recurso contencioso administrativo, según la legislación española, es una actuación de los particulares o de las entidades, corporaciones e instituciones de derecho público o de entidades que ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo, en la que se demanda de la Jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de no ser conforme a derecho, y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas.

A estos efectos se entiende por Administraciones Públicas:

- A) La Administración General del Estado
- B) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- C) Las Entidades que integran la Administración Local
- D) Las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales.

#### **4.3. Actividad administrativa impugnabile:**

A).Las disposiciones de carácter general y los actos expesos y presuntos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

#### **4.4. Ponen fin a la vía administrativa:**

- Las resoluciones de los recursos ordinarios
  - Las resoluciones de los procesos de impugnación o reclamación, incluidos los de conciliación, mediación o arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidos a instrucciones jerárquicas, con respecto a los principios, garantías y plazos que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo. La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley.
  - Las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que una Ley establezca lo contrario.
  - Las demás resoluciones de órganos administrativos, cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.
- B) .La inactividad de la Administración y sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho en los términos establecidos en la Ley 29/1998, de 13 de julio reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.
- C). Los actos que se produzcan en aplicación de las disposiciones de carácter general, fundada en que tales disposiciones no son conformes a derecho.
- D). La falta de impugnación directa de una disposición de carácter general o la desestimación del recurso que frente a ella se hubiera interpuesto no impiden la impugnación de los actos con fundamento en lo señalado en el apartado anterior. 9

#### **4.5. Quienes pueden recurrir:**

1. Tienen capacidad procesal ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:

- A) .Los que estén en pleno ejercicio de sus derechos civiles y los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses legítimos cuya actuación les esté permitido por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela.
- B) .Los grupos afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas, también tendrá capacidad procesal cuando la Ley así lo declare expresamente.

### **La intervención de Abogado y Procurador**

En principio, las partes deben intervenir en el procedimiento contencioso-administrativo **obligatoriamente** asistidas por un **abogado**, siendo **opcional** la representación mediante **procurador**. Cuando el Procurador no interviene, las notificaciones se le entregarán al abogado.

Sin embargo, cuando el recurso se tramite ante un **órgano colegiado** o **tribunal** (Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo), las partes deben contar obligatoriamente tanto con un **procurador** como con un **abogado**.

#### **4.6. Están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo:**

- A). Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo.
- B). Las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos y entidades a que se refiere el apartado b) del epígrafe 3 (Quiénes pueden recurrir) que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos.
- C). La Administración del Estado, cuando ostenten un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra entidad pública no sometida a su fiscalización.
- D). La Administración de las Comunidades Autónomas, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de la Administración del Estado y de cualquier otra Administración u Organismo público, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local.
- E). Las Entidades locales territoriales, para impugnar los actos y disposiciones que afecten al ámbito de su autonomía, emanados de las Administraciones del Estado y de las Comunidades Autónomas, así como los de Organismos públicos con personalidad jurídica propia vinculados a una y otras o los de otras Entidades locales.
- F). El Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley.
- G). Las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas para impugnar los actos o disposiciones que afecten al ámbito de sus fines.

H). Cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes.

#### **4.7. Representación y defensa de las partes:**

A) En sus actuaciones ante órganos unipersonales, las partes pueden conferir su representación a un Procurador y serán asistidos, en todo caso, por Abogado. Cuando las partes confieran su representación a Abogado, será a éste a quien se notifiquen las actuaciones.

B) En sus actuaciones ante órganos colegiados, las partes deben conferir su representación a un Procurador y ser asistidas por Abogado.

C). Podrán comparecer por sí mismos los funcionarios públicos en defensa de sus derechos estatutarios, cuando se refieran a cuestiones de personal que no implique separación de empleados públicos inamovibles.

#### **4.8. Representación y defensa de las Administraciones Públicas**

La representación y defensa de las Administraciones Públicas y de los órganos constitucionales se rige por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en la Ley de Asistencia Jurídica del Estado e Instituciones Públicas, así como en las normas que sobre la materia y en el marco de sus competencias hayan dictado las Comunidades Autónomas.

#### **4.9. Plazos para la interposición del recurso contencioso-administrativo**

A) El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición impugnada o al de la notificación o publicación del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses, y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto.

B) Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, el plazo será de dos meses a contar desde el de los tres meses concedidos para reclamar.

C) Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución, y si esta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición,

D) Podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contados a partir del vencimiento del mes concedido para solicitar su ejecución.

E) En caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su casación. Si dicha intimación no fuese formulada o atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo, en el plazo de diez días a contar desde la finalización del plazo anterior. Si no hubiere requerimiento, el plazo será de veinte días desde el día en que se inició la actuación administrativa en vía de hecho.

F) El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo se cuenta desde el día siguiente a aquél en que se notifique la resolución expresa del recurso potestativo de reposición o en que este deba entenderse presuntamente desestimado.

G) El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo en los litigios entre Administraciones será de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa.

#### **4.10. Interposición del recurso contencioso-administrativo y documentación a acompañar.**

El recurso contencioso-administrativo se inicia por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación administrativa constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, salvo que la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, disponga otra cosa.

A este escrito se acompañará:

A) El documento que acredite la representación del compareciente salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pudiendo ante el mismo juzgado o Tribunal, en cuyo caso puede solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos.

B) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título.

C). La copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran, o indicación de expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado. Si el objeto del recurso fuera la inactividad de la Administración o una vía de hecho, se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuvieron el origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto de recurso.

D) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en el apartado a).

#### **4.11. Órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.**

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo se halla integrado por los siguientes órganos:

A) .Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

B) .Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo . .

C) Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

D) .Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

E) Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo. 10

#### **4.12. Los Recursos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en el Perú.**

##### **(a) Los principios del Proceso.-**

Entre las novedades más destacables de la nueva ley se encuentra la consagración de principios específicos del proceso contencioso - administrativo, atendiendo a la singularidad de la materia administrativa que es objeto de controversia, sin perjuicio de los demás principios del derecho procesal en general, y de los principios que establece el Título Preliminar del Código Procesal Civil.

Entre los principios consagrados se encuentra el "principio de integración" conforme al cual los jueces por mandato Constitucional no pueden dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tales situaciones la nueva ley establece que si durante la tramitación de los procesos contencioso - administrativos se determina la existencia de defecto o deficiencia de la ley sustantiva aplicable al caso que es objeto del proceso, los jueces deberán integrar los vacíos o lagunas utilizando los principios propios del Derecho Administrativo. A tal efecto conviene tener presente, que en la nueva Ley N° 27444 del Procedimiento Administrativo General se consagra una extensa relación de "Principios del Procedimiento Administrativo" en el artículo IV de su Título Preliminar<sup>13</sup>, los que han sido puntualmente definidos con el deliberado propósito de facilitar su aplicación.

Otro principio consagrado es el de "igualdad procesal", conforme al cual las partes durante la tramitación del proceso deberán ser tratadas igualdad.

El "principio de favorecimiento del proceso" está vinculado al principio más conocido como "*in dubio pro actione*" y según la Exposición de Motivos del Proyecto que dio origen a la Ley N° 27584, en caso que los jueces encargados de tramitar el proceso tengan duda razonable acerca de la procedencia de la demanda, deberán preferir darle trámite sin perjuicio de poder verificar el cumplimiento o no de los requisitos de procedibilidad a lo largo del proceso". El objetivo es facilitar el acceso a los ciudadanos a la tutela judicial efectiva, a fin de evitar que interpretaciones en exceso formalistas menoscaben su derecho

constitucional a cuestionar judicialmente actuaciones administrativas que consideren ilegales.

Finalmente, se establece el principio de "suplencia de oficio" por el cual los jueces del contencioso administrativo deben suplir las deficiencias formales de las partes, así como disponer la subsanación de las mismas en un plazo razonable. (Artículo 2º).

#### **(b) Objeto del Proceso.-**

La nueva ley diseña al proceso contencioso - administrativo como un proceso de "plena jurisdicción", o "de carácter subjetivo", de modo que los jueces no están restringidos a sólo verificar la validez o nulidad del acto administrativo, o su posible ineficacia, sin entrar al fondo del asunto, porque tienen encomendado la protección y la satisfacción a plenitud de los derechos e intereses de los demandantes afectados por actuaciones administrativas.

Entre las pretensiones que los demandantes pueden formular en el proceso se encuentra: La declaración de la nulidad, total o parcial, o la ineficacia del acto administrativo cuestionado, el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines; la declaración de contrario a derecho y el cese de toda actuación material que no se sustente en un acto administrativo y que se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo (Artículos 5º y 38º).

#### **(c) Actuaciones Impugnables.-**

La ley a la vez que proclama la universalidad del control jurisdiccional de toda actuación administrativa en ejercicio de potestades reguladas por el derecho administrativo establece con fines meramente ilustrativos una relación de actuaciones impugnables que comprende obviamente en primer lugar a los actos administrativos, al silencio, la inercia o cualquier otra omisión formal de la administración pública, a la simple actuación material de la administración sin cobertura formal, a las actividades de ejecución de actos administrativos que transgredan el marco legal (Ejemplo: excesos en el procedimiento de cobranza coactiva), a las actuaciones sobre el personal dependiente de la administración pública ya

sea bajo el régimen de la carrera administrativa o el régimen laboral privado y a las controversias sobre la ejecución de los contratos suscritos por la administración pública cuando no sea obligatorio el sometimiento a la vía arbitral, como es el caso de casi todos los contratos administrativos suscritos al amparo de la ley de contrataciones y adquisiciones (Artículo 4º).

#### **(d) La Competencia.-**

La nueva ley consagra la creación de juzgados de primera instancia y de salas de la Corte Superior, especializados en lo Contencioso - Administrativo, lo cual garantizará mayor efectividad en las técnicas de control jurisdiccional de la administración pública. Se establece que el proceso deberá iniciarse en todos los casos ante el juez especializado en la materia y sus resoluciones pueden apelarse ante la respectiva sala especializada de la Corte Superior. La Corte Suprema cumple un rol exclusivamente casatorio (Artículo 8º y 9º).

Recientemente mediante Ley N° 27709 se ha modificado el texto del artículo 9º para establecer que respecto de actuaciones realizadas por tribunales administrativos y algunos organismos constitucionales, el proceso se inicia por excepción ante la sala especializada de la Corte Superior respectiva cuya resolución puede apelarse ante la Corte Suprema, la cual curiosamente resuelve también en vía de casación.

En tal sentido, aparte del error consistente en referirse únicamente a "resoluciones", en lugar del término genérico "actuaciones" administrativas en sintonía con el artículo 4º de la ley, se constata que los legisladores han desnaturalizado la casación al permitir que proceda respecto de resoluciones dictadas por una sala de la propia Corte Suprema, olvidando que su propósito es la unificación de la jurisprudencia y que ello sólo se justifica respecto de sentencias dictadas por instancias judiciales inferiores a la del más alto tribunal de justicia nacional. Dicho error ha motivado que de manera incoherente se haya otorgado la competencia para resolver la apelación de las sentencias de las salas especializadas en lo contencioso - administrativo de la Corte Superior nada menos que a la Sala Civil de la Corte Suprema, en lugar de la respectiva sala especializada en materia administrativa de dicho alto tribunal, a la que se le ha relegado a resolver precisamente los recursos de casación.

**(e) Partes.-**

Las partes que actúan en el proceso contencioso administrativo en el sistema legal peruano son: a) El administrado; y b) La entidad de la Administración Pública.

Por lo que respecta al administrado, se le reconoce la legitimidad activa en tanto que afirme ser titular de la situación jurídica sustancial protegida que haya sido o esté siendo afectada por la actuación administrativa impugnada sobre la cual versa el proceso.

De otro lado, por primera vez se establece de manera expresa en nuestro ordenamiento procesal que el contencioso - administrativo es el cauce procesal para aquellos supuestos excepcionales en que las leyes administrativas (Ejemplo: artículo 202°.4 de la Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General) facultan a la administración pública para solicitar al Poder Judicial la declaración de nulidad de sus propios actos declarativos de derechos a favor de un particular, cuando se ha vencido el plazo para declarar su nulidad de oficio en sede administrativa. La ley exige que la administración pública para hacer uso de dicha facultad emita previamente una resolución motivada en la que se identifique el vicio de legalidad en que incurre el acto administrativo en cuestión y el agravio que produce al interés público (Artículo 11°). En tal caso tendrá la calidad de demandado el particular que podría ser perjudicado por la eventual declaración judicial de nulidad del acto administrativo que le reconoce derechos (Artículo 13°).

El artículo 12° de la Ley N° 27584 contiene otra novedad consistente en contemplar el otorgamiento de legitimación activa en la tutela de intereses difusos afectados por actuaciones administrativas, considerando para tales efectos como titulares de la misma a organismos constitucionales autónomos como el Ministerio Público, la Defensoría del Pueblo, así como cualquier persona natural o jurídica.

Por lo que respecta a la legitimación pasiva en el proceso contencioso-administrativo, resulta pertinente destacar los siguientes supuestos recogidos en el artículo 13°:

- El numeral 4, referido al caso de los procedimientos administrativos trilaterales, es decir, aquellos que se siguen entre dos o más particulares ante las entidades de la Administración Pública.<sup>11</sup>

En tal supuesto, tienen legitimidad para obrar pasiva tanto la entidad administrativa que realizó la actuación que es objeto de cuestionamiento como el otro administrado que participó en el respectivo procedimiento.

- El numeral 5, que otorga legitimidad a los particulares titulares de los derechos cuya nulidad sea pretendida en sede judicial por la entidad administrativa demandante que lo expidió.

- El numeral 6, en virtud del cual se otorga legitimidad a la entidad que expidió el acto administrativo impugnado en los supuestos excepcionales en los que una norma legal faculta a otra entidad para ser la titular de la pretensión de la declaración de nulidad en sede judicial.

Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12° con relación al rol del Ministerio Público, el artículo 14° recoge de modo general el papel que le asigna el ordenamiento vigente como dictaminador (emisión de opinión previa a la sentencia y en casación), así como calidad de parte cuando asume el rol de actor en tutela de intereses difusos.

Finalmente, el artículo 15° de la Ley N° 27584 establece como regla general que la representación y defensa judicial de las entidades administrativas está a cargo de la respectiva Procuraduría (regidas por lo establecido en el Decreto Ley N° 17537 de Defensa Judicial del Estado), salvo aquellos casos en que una norma legal regule con carácter especial el mecanismo a través del cual se verificará dicha representación judicial, como ocurre en los siguientes casos: Municipalidades (la representación es ejercida por los Alcaldes), entidades del Gobierno Central que se encuentran facultadas por ley expresa para ello, como es el caso de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

**(f) Plazos.-**

La nueva ley restablece el plazo de tres meses como regla general para interponer la demanda. En los procedimientos administrativos en que media silencio administrativo u otras formas de inactividad formal de la administración pública el plazo para formular la demanda es de seis meses, contados a partir de la fecha en que vence el plazo establecido para que la administración se pronuncie (Artículo 17°).

En mi opinión, constituye un error de la nueva ley el establecimiento de un plazo de seis meses para interponer la demanda cuando se produzca silencio administrativo negativo, a contar desde la fecha en que vence para la administración pública el plazo legal para expedir la resolución o producir el acto administrativo solicitado (numeral 3 del artículo 17°), porque el citado tipo de silencio administrativo constituye una técnica de garantía del particular y no una carga para el mismo quien puede utilizarlo para dar por denegada su petición o recurso y acudir ante los órganos jurisdiccionales para promover su control jurisdiccional, o puede legítimamente esperar el pronunciamiento expreso de la administración sin que corran plazos en su contra. Sobre la base de dichas consideraciones el anteproyecto establecía de manera expresa que en caso de silencio administrativo no se debería computar plazo para interponer demanda alguna, lo cual es coherente con el régimen previsto en el artículo 188.5 de la nueva Ley N° 27444 de Procedimiento Administrativo General conforme al cual "el silencio administrativo no inicia el cómputo de plazos ni términos para su impugnación".

**(g) Agotamiento de la vía administrativa.-**

La exigencia para el particular de agotar la interposición de los recursos administrativos previo al inicio del proceso contencioso-administrativo, viene impuesta por lo establecido en el artículo 148° de la Constitución Política, que ha previsto que la procedencia de la impugnación judicial de las actuaciones administrativas únicamente se verificará respecto de aquellas que causen estado.

Al respecto, y para efectos de determinar la procedencia de la demanda contencioso-administrativa, el artículo 18° de la Ley N° 27584 remite al cumplimiento de las reglas en materia de actuaciones administrativas que causan estado previstas con precisión en el artículo 218° la actualmente vigente Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General. Lamentablemente, en nuestro sistema los órganos jurisdiccionales han optado por

un criterio interpretativo excesivamente formalista respecto de las disposiciones citadas en aras de una cautela de su cumplimiento estricto, lo que deviene en detrimento del principio de favorecimiento del proceso (recogido en forma expresa en el artículo 2º, inciso 3 de la Ley N° 27584), en virtud del cual se exige al Juez la admisión de la demanda en caso de duda razonable sobre la procedencia de la demanda o falta de precisión del marco legal respecto del agotamiento de la vía previa.

Frente a lo expuesto, el artículo 19º de la Ley N° 27584 ha previsto diversas excepciones a la exigencia de agotamiento de la vía previa en casos puntuales que cuentan con la respectiva justificación:

- 1) La vía administrativa es inexistente por cuanto que es la propia Administración la que interpone la demanda contra los actos por ella emitidos.
- 2) Se cuestionen omisiones en la actuación material o cumplimiento del ordenamiento por la Administración Pública, para los cuales se ha previsto un trámite previo especial semejante al contemplado para el caso del proceso de cumplimiento.
- 3) Se trate de terceros ajenos al procedimiento administrativo que afecta sus derechos o intereses, por cuanto que el agotamiento de la vía administrativa les sería imposible al no haber formado parte del procedimiento.

#### **(h) Vía procedimental.-**

En cuanto al cauce procesal la regla general es que el proceso contencioso administrativo se trámite por la vía del proceso abreviado y que sea de aplicación supletoria el **Código Procesal Civil** (Artículo 25º y 1era. D.F.). Únicamente cuando se formule como pretensión que el juez ordene a la administración pública el cese de cualquier actuación material que no se sustente en un acto administrativo previo o que enmiende su inercia cuando está obligada realizar una actuación, se tramita por la vía del proceso sumarísimo (Artículo 22º).

**(i) Medios Impugnatorios.-**

Los medios impugnatorios previstos en el artículo 33° de la Ley N° 27584, son los mismos que regula nuestro Código Procesal Civil actualmente vigente (reposición, apelación, casación y queja).

No obstante lo indicado con anterioridad, resulta criticable lo establecido (en la versión final elaborada por el Congreso de la República) en el inciso 3 del citado precepto con relación a los requisitos de admisibilidad del recurso de casación, por cuanto se introduce un elemento desnaturalizador del objeto del mismo. En palabras de PRIORI POSADA:

“La Ley (a diferencia del Proyecto) ha incluido un requisito de admisibilidad adicional al recurso de casación cual es que, sólo procede dicho medio impugnatorio, cuando la cuantía del acto impugnatorio sea superior a 70 Unidades de Referencia Procesal. No creemos que en muchos casos sea fácil la determinación de la cuantía del acto impugnado, sin embargo; la Ley no ha sido clara en establecer qué ocurre en aquellos casos de actos administrativos de cuantía indeterminable. Creemos que en ese caso de duda, se debe preferir por darle trámite al recurso”.<sup>12</sup>

Finalmente, conviene agregar que el artículo 34° de la Ley otorga una mayor trascendencia a las resoluciones emitidas por la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, al establecer que las mismas constituirán doctrina jurisprudencial en materia contencioso-administrativa. En ese sentido, lo decidido por dicha Sala vinculará a todos los órganos jurisdiccionales, salvo que éstos últimos en decisión especialmente motivada señalen las razones por las cuales se apartan del caso, exigencia de especial motivación que implica exponer las razones por las cuales se produce el apartamiento de la doctrina jurisprudencial vinculante, señalando entre otras qué particularidades tiene el caso que se conoce para que en él no sea de aplicación lo establecido por la jurisprudencia suprema.

Esta apuesta por una jurisprudencia uniforme en el proceso contencioso - administrativa, guiada por la participación de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (ya sea

como segunda instancia o en vía de casación), tiene por finalidad adicional crear una cierta predictibilidad en la materia.

No obstante lo indicado con anterioridad, resulta criticable la modificación introducida por la Ley N° 27709 en el artículo 9° de la Ley N° 27584 (que regula la competencia funcional de los órganos jurisdiccionales), que ha establecido la competencia en segunda instancia de la Sala Civil de la Corte Suprema, en la impugnación de resoluciones emitidas por el Banco Central de Reserva, Superintendencia de Banca y Seguros, Tribunal Fiscal, Tribunal de INDECOPI, Tribunal de CONSUCODE, Consejo de Minería, Tribunal Registral y Tribunales de los Organismos Reguladores, correspondiendo a la Sala Constitucional y Social conocer de la eventual interposición del recurso de casación contra la Sentencia expedida por ésta. En efecto, tal como fuera señalado con anterioridad, la modificación introducida desnaturaliza la casación al permitir que la misma proceda respecto de resoluciones emitidas por una sala de la propia Corte Suprema, eliminando así la posibilidad de consecución del objeto de la casación, cual es la unificación de la jurisprudencia respecto de sentencias emitidas por instancias judiciales inferiores; al tiempo que elimina la posibilidad que la Sala especializada en la materia conozca del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia emitida en primera instancia.

## **5. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN DE COLOMBIA.**

### **5.1. El Consejo de Estado en Colombia.**

Según el libro tercero, título XII, Capítulo I del Código de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de Colombia, se determina la organización y funciones de la jurisdicción en lo contencioso administrativo

El artículo 89 de éste código determina la integración y composición del Consejo de Estado, que en éste país es el máximo tribunal de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y está integrado por veintisiete (27) magistrados, elegidos por la misma corporación para períodos individuales de ocho años, de listas superiores a cinco (5) candidatos, que reúnan los requisitos constitucionales, por cada vacante que se presente, enviadas por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

El Consejo de Estado ejerce sus funciones por medio de tres (3) salas, integradas así: la Plena, por todos sus miembros; la de lo Contencioso Administrativo, por veintitrés (23) consejeros, y la de Consulta y Servicio Civil, por los cuatro consejeros restantes.

Según el art 90 se determina los requisitos para ser elegido Consejero. Para ser elegido consejero de Estado y desempeñar el cargo se requieren las mismas calidades que la Constitución Política exige para ser magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

Prueba de las calidades. La persona que fuere elegida consejero de Estado en propiedad deberá acreditar que reúne las calidades constitucionales, ante el Presidente de la República, al tomar posesión del cargo.

El art. 93 determina la integración de las Salas del Consejo de Estado, el que ejercerá sus funciones por medio de tres (3) salas, integradas así:

- a) La plena, por todos sus miembros;
- b) La de lo contencioso administrativo por veintiséis (26) y;
- c) La de consulta y servicio civil por cuatro (4).

c) También tendrá salas disciplinarias, cada una integrada por tres (3) consejeros de diferentes especialidades, encargada de conocer de los procesos por faltas disciplinarias adelantados contra los magistrados de los tribunales administrativos.

## **5.2. Competencia del Consejo de Estado.**

El título XIV del Código de la Jurisdicción Contencioso Administrativo de Colombia, cumple con un criterio de especificación técnico jurídica, que limita estrictamente el ámbito de su competencia.

El art. 128 determina la competencia del Consejo de Estado en única instancia, para los siguientes casos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.
2. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en los cuales se controviertan actos administrativos expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los de carácter laboral. No obstante, las controversias sobre los actos de declaratoria de unidad de empresa y calificación de huelga son de competencia del Consejo de Estado en única instancia.
3. De los de nulidad de elecciones del Presidente y vicepresidente de la República, senadores, representantes a la cámara, así como de los de nulidad de las elecciones o nombramientos hechos por el Presidente de la República, el Congreso, las Cámaras, la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura, la

Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, la Contraloría General de la República, el Gobierno Nacional o por cualquier autoridad, funcionario, corporación o entidad descentralizada, del orden nacional.

4. De los que se promuevan contra actos administrativos relativos a la nacionalidad y a la ciudadanía.

5. Del recurso de anulación de los laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en contratos estatales, por las causales y dentro del término prescrito en las normas que rigen la materia. Contra esta sentencia sólo procederá el recurso de revisión.

6. Nación o una entidad territorial o descentralizada, con excepción de las controversias contractuales, de reparación directa y las de nulidad y restablecimiento del derecho que versen sobre impuestos mineros, contribuciones y regalías, que seguirán las reglas generales.

7. De los relativos a la propiedad industrial, en los casos previsto en la ley.

8. De las acciones de nulidad con restablecimiento, contra los actos administrativos expedidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, que inicien las diligencias administrativas de extinción del dominio; clarificación de la propiedad, deslinde y recuperación de baldíos.

9. De las acciones de revisión contra los actos de extinción del dominio agrario, o contra las resoluciones que decidan de fondo los procedimientos sobre clarificación, deslinde y recuperación de baldíos.

10. De los relacionados con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad de inmuebles urbanos y de los muebles de cualquier naturaleza.

11. De los de nulidad de los actos del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora, en los casos previstos en la ley.

12. De las acciones de repetición que el Estado ejerza contra el Presidente de la República o quien haga sus veces, senadores y representantes, ministros del despacho, directores de departamento administrativo, Procurador General de la Nación, el Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, de la Corte Constitucional, del Consejo Superior de la Judicatura, de los tribunales superiores de distrito judicial, de los tribunales administrativos y del tribunal penal militar.

13. De todas las demás de carácter Contencioso Administrativo, para los cuales no exista regla especial de competencia.

14. De las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los magistrados del Consejo de Estado, conocerá la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.

El art. 129 del referido Código, determina la competencia del Consejo de Estado en segunda instancia, para los siguientes casos:

El Consejo de Estado resolverá en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, o no se conceda el extraordinario de revisión.

El art 130 de éste cuerpo normativo establece que los asuntos remitidos por las secciones, a solicitud del Ministerio Público, o de oficio, las secciones podrán remitir a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo aquellos asuntos que se encuentren para fallo y que por su importancia jurídica o trascendencia social ameriten ser decididos por ésta. La Sala Plena decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto.

Igualmente, la Sala Plena podrá asumir directamente el conocimiento de los asuntos que se encuentren para fallo en cualquiera de las secciones.

### **5.3. La Competencia de los Tribunales Administrativos:**

El art. 131, establece que los Tribunales Administrativos actuarán, como Tribunales de única instancia, en los siguientes casos:

1. De los de nulidad de los actos administrativos, distintos de los electorales, proferidos por los funcionarios y organismos administrativos del orden municipal cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000) (\$ 376.490.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

2. De los de restablecimiento del derecho, que carezcan de cuantía, y en los cuales se controvertan actos administrativos del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento, o su presupuesto anual ordinario no exceda de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000) (\$ 376.490.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

3. De los de nulidad de las elecciones de miembros de los concejos municipales, así como de los que se susciten con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por estas corporaciones o por cualquier funcionario u organismo administrativo del orden municipal, cuando el municipio no sea capital de departamento o su presupuesto anual ordinario no exceda de cincuenta millones de pesos (\$ 50.000.000) (\$ 376.490.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

4. De los que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, tasas y contribuciones nacionales, (\$ 800.000) (\$ 6.050.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

La competencia por razón del territorio, se determinará por el lugar donde se presentó o debió presentarse la declaración, en los casos en que ésta proceda; en los demás casos, donde se practicó la liquidación.

5. De los incidentes de excepciones en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de

ochocientos mil pesos (\$ 800.000) (\$ 6.050.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

6. De los de restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de quinientos mil pesos (\$ 500.000) (\$ 3.810.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

En este caso, la cuantía para efectos de la competencia se determinará así:

a) Cuando se reclame el pago de sueldos o salarios de un período preciso o determinable, y prestaciones sociales de cuantía determinada o periódica de término definido, por el valor de lo reclamado o de la suma de los derechos demandados, y

b) Cuando se reclame el pago de prestaciones periódicas de término indefinido, como pensiones de jubilación o de invalidez, por lo que se pretenda según la demanda, desde cuando se causaron hasta la presentación de la misma, sin pasar de tres (3) años.

La competencia por razón del territorio en todo caso se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios personales.

7. Derogado.

8. De los referentes a contratos administrativos, interadministrativos, y de los de derecho privado de la administración en los que se haya incluido la cláusula de caducidad, celebrados por la Nación, las entidades territoriales o descentralizadas de los distintos órdenes, cuando la cuantía no exceda de tres millones quinientos mil pesos (\$ 3.500.000) (\$ 26.390.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

La competencia por razón del territorio, se determinará por el lugar donde; se ejecutó o debió ejecutarse el contrato; si éste comprendiere varios departamentos será tribunal competente, a prevención, el escogido por el demandante.

9. De los de restablecimiento del derecho en que se controviertan actos del orden nacional, de las entidades territoriales o de las entidades descentralizadas de los distintos órdenes por

sus actos o hechos cuando la cuantía no exceda de ochocientos mil pesos (\$ 800.000) (\$ 6.050.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

Cuando sea del caso, la cuantía, para efectos de la competencia, se determinará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 20, numeral 1°, del Código de Procedimiento Civil.

La competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo el acto.

10. De los de reparación directa y cumplimiento que se promuevan contra la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas de los diferentes órdenes, cuando la cuantía no exceda de tres millones quinientos mil pesos (\$ 3.500.000) (\$26.390.000 de enero 1° de 2000 a 31 de diciembre de 2001).

La competencia por razón del territorio se determinará por el lugar donde se produjo o debió producirse el acto o se realizó el hecho; si comprendiere varios departamentos será tribunal competente, a prevención, el escogido por el demandante.

Cuando sea del caso la cuantía para efectos de la competencia se determinará por el valor de los perjuicios causados, estimados en la demanda por el actor en forma razonada, conforme al artículo 20, numeral 1° del Código de Procedimiento Civil.

11. De los de definición de competencias administrativas entre entidades territoriales y descentralizadas del orden departamental, intendencial, comisarial, distrital, municipal o entre cualquiera de ellas cuando estén comprendidas en el territorio de su jurisdicción.

12. Derogado.

ART 131. —Modificado. LEY 446/98, ART 39. Competencia de los tribunales administrativos en única instancia. Los tribunales administrativos conocerán de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

1. De los de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía y en los cuales se controviertan actos administrativos del orden departamental, distrital o municipal.
2. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio.
3. De los de definición de competencias administrativas entre entidades públicas del orden departamental, distrital o municipal o entre cualesquiera de ellas cuando estén comprendidas en el territorio de su jurisdicción.
4. De las acciones sobre pérdida de investidura de los miembros de los concejos municipales y distritales, de conformidad con el procedimiento establecido en la ley. En estos eventos el fallo se proferirá por la Sala Plena del tribunal.

Contra las sentencias que pongan fin a estas controversias sólo procederá el recurso especial de revisión, de conformidad con lo previsto en los artículos 185 y ss. de este código y la competencia será de la sección de la Sala Plena Contenciosa del Consejo de Estado que determine el reglamento de la corporación.

5. De las observaciones que formula el gobernador del departamento acerca de la constitucionalidad y legalidad de los acuerdos municipales, y sobre las objeciones, por los mismos motivos, a los proyectos de ordenanzas.
6. De las observaciones que los gobernadores formulen a los actos de los alcaldes, por razones de inconstitucionalidad o ilegalidad.
7. De las objeciones que formulen los alcaldes a los proyectos de acuerdos municipales, por ser contrarias al ordenamiento jurídico superior.
8. Del recurso prescrito por los artículos 21 y 24 de la Ley 57 de 1985, cuando la autoridad que profiera o deba proferir la decisión sea del orden nacional o departamental o del Distrito Capital de Santafé de Bogotá.

9. De las acciones de nulidad y restablecimiento contra los actos de expropiación de que tratan las leyes sobre reforma urbana.

Además el art. 133. —Modificado. LEY 446/98, ART 41, adiciona la competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia, en los siguientes casos:

1. De las apelaciones y consultas de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación, así como de los recursos de queja cuando no se conceda el de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda.

2. De las apelaciones contra el mandamiento de pago, la sentencia de excepciones, el auto aprobatorio de liquidación de crédito y el auto que decreta nulidades procesales, que se interpongan en los procesos por jurisdicción coactiva de que conozcan los funcionarios de los distintos órdenes, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales (\$ 130.050.000 para el año 2000).

3. De los recursos de queja contra la providencia que niegue el recurso de apelación o se conceda en un efecto distinto del que corresponda, en los asuntos de que trata el numeral anterior.

El art. 134, determina la competencia de los tribunales administrativos cuando la Nación sea parte demandante, en los asuntos del conocimiento de los tribunales administrativos en que sea parte demandante la Nación o una entidad del orden nacional, la competencia por razón del territorio se determinará por el domicilio del demandado.

A más de la competencia de los jueces administrativos, detallada anteriormente, el artículo 42 de la Ley 446/98, adiciona el título 14 del libro 3 con el capítulo III que regula la competencia de los jueces administrativos, cuyo texto es el siguiente:

“ Competencia de los jueces administrativos en única instancia.

ART 134B.—Adicionado. LEY 446/98, establece la competencia de los Jueces Administrativos en primera instancia en el art. 42:

“Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:

1. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral, que no provengan de un contrato de trabajo, en los cuales se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de cien (100) salarios mínimos legales mensuales (\$ 26.010.000 para el año 2000).

1. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, cuando se trate de controversias que se originen en una relación laboral legal y reglamentaria o cuando se controviertan actos administrativos de carácter laboral expedidos por autoridades del orden nacional, con excepción de los actos referentes a la declaración de nulidad de empresa y a la calificación de huelga, cuya competencia corresponde al Consejo de Estado en única instancia.

3. De los procesos de nulidad y restablecimiento del derecho en que se controviertan actos administrativos de cualquier autoridad, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales (\$ 78.030.000 para el año 2000).

4. De los procesos que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, contribuciones y tasas nacionales, departamentales, municipales o distritales, cuando la cuantía no exceda de trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales (\$ 78.030.000 para el año 2000).

5. De los referentes a contratos de las entidades estatales en sus distintos órdenes, y de los contratos celebrados por entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, cuando su finalidad esté vinculada directamente a la prestación del servicio, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales (\$ 130.050.000 para el año 2000).

6. De los de reparación directa cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales (\$130.050.000 para el año 2000).

7. De los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por la jurisdicción contencioso administrativa, cuando la cuantía no exceda de mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales (\$ 390.150.000 para el año 2000).

8. De las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que de conformidad con la ley cumplan funciones públicas, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales, y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia (\$ 130.050.000 para el año 2000).

9. De los relativos a la acción de nulidad electoral de los alcaldes y miembros de los concejos de los municipios que no sean capital de departamento, como también de los miembros de las juntas administradoras locales de cualquier municipio y demás elecciones celebradas dentro del respectivo territorio municipal.

Igualmente de los relativos a la acción de nulidad electoral que se promuevan con motivo de las elecciones o nombramientos hechos por las corporaciones o funcionarios de que trata el inciso anterior o por cualquier organismo o servidor de los citados municipios.

#### **5.4. Formas de fijar la Competencia a nivel nacional:**

a) En los de nulidad, por el lugar donde se expidió el acto;

b) En los de nulidad y restablecimiento se determinará por el lugar donde se expidió el acto, o en el del domicilio del demandante, siempre y cuando que la entidad demandada tenga oficina en dicho lugar;

c) En los asuntos de nulidad y restablecimiento del derecho de carácter laboral se determinará por el último lugar donde se prestaron o debieron prestarse los servicios;

- d) En los contractuales y en los ejecutivos originados en contratos estatales se determinará por el lugar donde se ejecutó o debió ejecutarse el contrato. Si éste comprendiere varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante;
- e) En los asuntos agrarios que no estén atribuidos al Consejo de Estado, conocerá el tribunal del lugar de ubicación del inmueble. Si éste comprendiere varios departamentos será tribunal competente a prevención el que elija el demandante;
- f) En los de reparación directa se determinará por el lugar donde se produjeron los hechos, las omisiones o las operaciones administrativas;
- g) En los que se promuevan sobre el monto, distribución o asignación de impuestos, tasas y contribuciones nacionales, departamentales, municipales o distritales, se determinará por el lugar donde se presentó o debió presentarse la declaración, en los casos en que ésta proceda; en los demás casos, donde se practicó la liquidación;
- h) En los casos de imposición de sanciones, la competencia se determinará por el lugar donde se realizó el acto o el hecho que dio origen a la sanción, y
- i) En los procesos ejecutivos originados en condenas impuestas por la jurisdicción de lo contencioso administrativo, será competente el juez del territorio donde se profirió la providencia respectiva, observando el factor cuantía de aquella.<sup>16</sup>

## **6. EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN LA LEGISLACIÓN VENEZOLANA.**

### **6.1. Elementos Fundamentales del Régimen Contencioso Administrativo Según la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.**

Según el Título I en el capítulo I, que hace referencia a las disposiciones generales, se hace referencia a que ésta Ley tiene por objeto regular la Jurisdicción Contencioso Administrativa prevista en el artículo 259 de la Constitución, encargada de conocer las pretensiones ejercidas respecto de la legalidad de la actividad administrativa realizada por la Administración Pública y demás entes equiparados a ésta en virtud de la ley, así como las acciones destinadas a hacerlas valer y los procedimientos por medio de los cuales éstas se ventilan.

### **6.2. Órganos de la Administración Pública.**

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa explica lo que debe ser entendido por Administración Pública, como al conjunto de órganos que, en las diferentes ramas de los poderes públicos de cualquier ámbito territorial o institucional, ejercen la función administrativa; los de rango constitucional que, independientemente del ámbito al cual pertenecen, están dotados de autonomía funcional, financiera, administrativa, los entes institucionales, corporativos y fundacionales, así como los asociativos respecto de los cuales el Estado ejerza un control decisivo y permanente en cuanto a su dirección o administración se refiere.

### **6.3. Recursos Contenciosos Administrativos.**

Según el Artículo 2º. la LOJCA, se expresa en el sentido de cuales son las

“acciones” a las que están facultados los administrados de creerse perjudicado con los actos de las autoridades públicas, las cuales enumeramos a continuación:

1. Las acciones de nulidad, por razones de ilegalidad, contra los actos de contenido normativo emanados de alguno de los cuerpos deliberantes nacionales, estatales o municipales.

2. Las acciones de nulidad por razones de ilegalidad, contra los actos administrativos carentes de contenido normativo de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal, Municipal y los de los demás entes, de rango constitucional o no, equiparados a la Administración Pública, salvo los que correspondan por Ley a otro Tribunal.

3. Las cuestiones tendientes a determinar la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños o perjuicios ocasionados.(el subrayado es nuestro).

4. La materia concerniente al cumplimiento, caducidad, nulidad, validez, resolución e interpretación de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o los Municipios.

5. Las controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas de una misma o diferentes jurisdicciones con motivo de sus funciones, así como los conflictos que le sean atribuidos por ley, a fin de restablecer la legalidad institucional.

6. Todo lo referente a la abstención o negativa de los órganos señalados en el artículo 1° de esta ley, a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las leyes.

7. Las reclamaciones contra las vías de hecho.

8. Las reclamaciones por la prestación de los servicios públicos

9. El conocimiento por vía de avocamiento, de oficio o a petición de parte, de algún expediente que curse ante otro Tribunal, siempre que estuviesen involucrados en el mismo los intereses fundamentales del Estado.

10. Los recursos destinados a esclarecer la inteligencia, alcance y sentido de una norma de rango legal o sublegal, en los casos previstos en la ley

11. El conocimiento de los juicios de expropiación.

12. Las solicitudes de exequátur de las sentencias dictadas por autoridades extranjeras de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales o en la Ley.

#### **6.4. Entes que se asemejan a las Administraciones Públicas.**

Según el Artículo 3º de la LOJCA los Entes que de conformidad con el artículo 1º de esta Ley se asimilan a las Administraciones Públicas, son las figuras subjetivas de derecho privado que dictan actos de autoridad, entendidos estos como los pronunciamientos emitidos de conformidad con una norma legal y que inciden con carácter coercitivo sobre la esfera jurídica de los sujetos y los grupos de personas sobre quienes operan.

#### **6.5. Competencia de los Órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.**

Según el Artículo 4º de la LOJCA los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa conocerán de los asuntos de su competencia, de conformidad con los criterios materiales, territoriales y de cuantía a los cuales se hace referencia la Ley en mención.

## **6.6. DE LA ESTRUCTURA ORGANICA DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.**

## **6.7. LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.**

Según el artículo 5° de la LOJCA , son órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:

1. La Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia;
2. Las Cortes de lo Contencioso-Administrativo.
3. La Corte de lo Contencioso Tributario.
4. Los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo
5. Los Tribunales Superiores de lo Contencioso Tributario.

## **6.8. La Competencia de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.**

El Artículo 18 de la LOJCA expresa que La Sala Político-Administrativa es competente para:

1. Declarar por razones de ilegalidad, la nulidad total o parcial de los actos administrativos dictados por la Asamblea Nacional, así como la de los de contenido normativo, emanados de alguno de los cuerpos deliberantes, estatales o municipales.
2. Declarar la nulidad total o parcial de los actos administrativos, dictados por el Ejecutivo Nacional, contrarios a derecho.
3. Declarar por razones de inconstitucionalidad o de ilegalidad, la

nulidad de los actos administrativos, emanados de la Procuraduría General de la República, Defensoría del Pueblo, Ministerio Público, Contraloría General de la República, Consejo Nacional Electoral o de otros órganos del Estado de igual jerarquía a nivel nacional.

4. Conocer de las demandas que se propongan contra la República, Estado, Municipalidades o algún Instituto Autónomo o empresa en la cual el Estado ejerza un control decisivo y permanente en cuanto a su dirección o administración se refiere, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T).

5. Conocer de las cuestiones de cualquier naturaleza que se susciten con motivo de la interpretación, cumplimiento, caducidad, nulidad, validez o resolución de los contratos administrativos en los cuales sea parte la República, los Estados o las Municipalidades, si su cuantía excede de setenta mil una unidades tributarias (70.001 U.T.)

6. Dirimir las controversias que se susciten entre autoridades políticas o administrativas de una misma o diferentes jurisdicciones con motivo de sus funciones, así como los conflictos que le sean atribuidos por ley, a fin de restablecer la legalidad institucional. En el ejercicio de esta atribución, la Sala tendrá potestad anulatoria sobre los actos que impidan dicho restablecimiento.

7. Conocer de la abstención o negativa del Presidente de la República, del Vicepresidente Ejecutivo y de los Ministros del Ejecutivo Nacional, así como de las máximas autoridades de los demás organismos de rango constitucional con autonomía funcional, financiera y administrativa y del Alcalde Metropolitano a cumplir específicos y concretos actos a que estén obligados por las leyes.

8. Conocer de las reclamaciones contra las vías de hecho imputadas a las máximas autoridades de los organismos de rango constitucional, o asimilados a éstos.

9. Solicitar de oficio, o a petición de parte, algún expediente que curse ante otro Tribunal, y avocarse al conocimiento del asunto cuando lo estime conveniente.

10. Conocer en alzada de las decisiones de las Cortes Contencioso-Administrativo y Contencioso Tributario, en los casos señalados por esta ley.

11. Conocer de los recursos de hecho que se interpongan ante ella.

12. Conocer de los juicios en que se ventilen varias acciones conexas, siempre que al Tribunal Supremo de Justicia esté atribuido el conocimiento de alguna de ellas.

13. Conocer de los recursos destinados a esclarecer la inteligencia, alcance y sentido de una norma de rango legal o sublegal en los casos previstos en la ley.

14. Declarar la fuerza ejecutoria de las sentencias de autoridades extranjeras, de acuerdo con lo dispuesto en los tratados internacionales o en la Ley, cuando el asunto fuere de materia contenciosa.

15. Conocer de las causas que se sigan contra los representantes diplomáticos acreditados en la República, en los casos permitidos por el Derecho internacional.

16. De las restantes acciones o recursos que les sean asignados por ley.

### **6.9. Quiénes pueden interponer acciones contencioso administrativas.**

El Artículo 83 de la LOJCA dice que la nulidad de los actos de contenido normativo, podrá ser solicitada por cualquier persona natural o jurídica que se considere afectada en sus derechos o intereses por tales actos.

Artículo 84. El libelo deberá identificar con toda precisión el acto impugnado, las normas cuya violación se denuncia, y las razones de hecho y de derecho en que se funde la acción. Si la nulidad se concreta a determinadas disposiciones, a ellas se hará mención expresa en la solicitud indicándose respecto de cada una, la motivación pertinente.

Junto con el escrito, el solicitante acompañará un ejemplar o copia del acto impugnado. Cuando el accionante alegue y demuestre la imposibilidad de presentar el texto original del acto, podrá aportar copia simple del mismo; si esto ni siquiera fuere posible, bastará con su plena identificación y su referencia en algún texto oficial, si fuere el caso.

### **6.10. LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CARENTES DE CONTENIDO NORMATIVO.**

Según el Artículo 91 de la LOJCA se expresa: “La acción de nulidad contra los actos administrativos carentes de contenido normativo podrá ser interpuesta por quienes detenten un interés personal, legítimo y directo en impugnar el acto de que se trate, así como también quienes estén legalmente habilitados para la defensa de los intereses colectivos o se encuentren en una especial situación de hecho que los afecte”.

Igualmente, tiene legitimidad para plantearlo el Fiscal General de la República, los demás funcionarios a quienes por ley se les atribuya

expresamente tal facultad, y aquellos a los cuales alude el artículo 27 de la presente Ley.

Artículo 92. La acción de nulidad procede igualmente contra los actos de trámite, siempre y cuando los mismos imposibiliten la continuación de un procedimiento, incidan sobre el fondo del asunto, o produzcan indefensión.

### **6.11. DEL PROCEDIMIENTO DE LOS RECURSOS CONTRA LAS VÍAS DE HECHO.**

*Según el Artículo 118 de la LOJCA, la denuncia de vía de hecho se formulará mediante libelo que contenga en forma pormenorizada, la narración de los DEL PROCEDIMIENTO DEL RECURSO DE RECLAMO POR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, menciona el Artículo 122. Toda persona que resulte afectada como consecuencia de la carencia de un servicio público o de su deficiente prestación, podrá intentar recurso de reclamo ante los Tribunales Superiores de lo Contencioso-Administrativo con competencia territorial según el domicilio del recurrente.*

El recurrente presentará escrito en el que, sin mayores formalidades, explicará pormenorizadamente las circunstancias de su reclamo.

El recurso de reclamo se tramitará por el procedimiento de la instancia de conciliación, previsto en el artículo 98 de esta ley.

Artículo 124. Agotada la instancia de conciliación sin que se hubiese resuelto la reclamación, el peticionario podrá intentar demanda que se tramitará por el procedimiento breve regulado en el Código de Procedimiento Civil, si su reclamo no tuviere contenido patrimonial o teniéndolo no exceda de ocho mil seiscientas unidades tributarias (8.600 U.T.). Si la demanda se interpone en contra de la República, no será necesario agotar el procedimiento administrativo previo establecido en la

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.

Si el monto de la demanda excede el límite establecido en este artículo, el juicio se ventilará por el procedimiento previsto en el Capítulo IV de esta Ley.

Hechos y la indicación de las normas que se estimen violadas, deduciéndose las pretensiones que se formulan contra la Administración. Al libelo pueden anexarse los documentos que el interesado estime idóneos para demostrar los hechos denunciados.<sup>13</sup>

## **7. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN Y SU DIFERENCIA CON LOS RECURSOS SUBJETIVO Y OBJETIVO.**

### **7.1. Significado de la Acción de Protección.**

Etimológicamente el verbo “Proteger”, proviene del latín vulgar “*protegère*”: que significa Amparar, favorecer, defender.”;<sup>12</sup> por tanto amparar significa preparar, prevenir, ponerse a buen recaudo antes de que suceda algo.

Ésta institución es un medio que tienen los ciudadanos de casi toda la comunidad de países, para defenderse de los excesos de autoridad que, en el ejercicio del poder, atenta contra los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, garantía que permite cesar, reparar el daño causado o impedir que el mismo ocurra.

Sí una persona interpone una Acción de Protección está solicitando auxilio inmediato o apoyo respecto de sus derechos vulnerados.

Para Ignacio Ara Pinilla en su definición de la antes llamada “acción de amparo” es: “El efecto inmediato de la positivación de las libertades públicas y de los derechos de participación será la introducción de una acción de tutela tendiente a garantizar el respeto y la protección de ambos derechos y la institucionalización de una serie de medios coercitivos garantes de la acción de tutela”.<sup>13</sup>

Para Roberto Dromi, el amparo es: “Una garantía de raíz constitucional que tiene por objeto proteger los derechos reconocidos por la Constitución y su ejercicio contra toda limitación, restricción o amenaza arbitraria o contraria a la ley, generada por la actividad de órganos estatales o por particulares.”<sup>14</sup>

Se trata de una garantía destinada a salvaguardar todas las libertades del hombre, con la sola excepción de la libertad física que está tutelada por el habeas corpus.

El juicio de protección no tiene más explicación, en consecuencia, que la de servir de medio de defensa del gobernado frente a los actos inconstitucionales del gobernante y en algunos casos de los particulares.

## **7.2.Historia.**

En el siglo XVII, Gran Bretaña vive uno de los momentos de apogeo de su desarrollo como nación, nacen jurídicamente instituciones como el “*Common Law*”, llegándose a considerar como la “La reina de las Libertades” y junto a los derechos declarados correlativamente se iban incorporando las acciones para hacerlos efectivos.

En 1.628 se establece la “*Petition Rights*” (Petición de Derecho), y así como los caballeros se impusieron al Rey Juan Sin Tierra, la Carta Magna de .1215, en cuyo art.46 se establecía: “...ningun hombre puede ser arrestado, expulsado o privado de sus propiedades sino mediante juicio de sus pares o iguales y por la ley de la tierra”, el Parlamento inglés controla y limita la actuación del monarca.

En 1.679, se establece el “*Writ of Habeas Corpus*”, con el que se exige orden de aprehensión girada por el Juez.

En 1.789, el “*Bill of Rights*”, Declaración de Derechos, consagra los Derechos de la libertad y de la propiedad, y entre otros aspectos, prohíbe la imposición de contribuciones al pueblo sin el permiso del Parlamento.

En América, México es el primer país que incorpora a la Constitución local el “juicio de amparo”, en 1.840, labor realizada por el ilustre jurista y político Manuel Crescencio Rejón en la ciudad de Yucatán. Se entendía a éste juicio como un medio procesal para hacer valer los derechos de los particulares, en cuanto algún órgano de gobierno violaba un derecho del hombre o garantía individual, “...era posible denunciar el hecho a fin de que fuera reparado el agravio”.

En 1.857, en México, el amparo toma un carácter nacional, “... a través de la acción de amparo, ejercitada por los particulares, se combaten, se combaten no solo los actos de las

autoridades públicas, sino también las leyes y los actos de cualquier autoridad que viole las garantías individuales”.

Éste país latinoamericano se constituyó en ejemplo para el resto de países de nuestro continente, y la mayoría de países han incorporado ésta institución a sus legislaciones, denominándole de distintas formas, ya como “Acción de Tutela” en Colombia, “Acción de Amparo Constitucional” en Bolivia, “Recurso de Amparo” en el Perú, “Derecho de Amparo” en Venezuela o “Mandato de Segurança” en el Brasil.<sup>15</sup>

### **7.3.Sus antecedentes.**

Muy acertadamente el Magistrado Dr. José García Falconí sostiene que *"el amparo es el acto político y jurídico más trascendental de la historia constitucional del país, por cuanto por primera vez los ecuatorianos cuentan con un recurso breve, sumario y eficaz de tutela judicial de derechos y libertades fundamentales consagrados en la Constitución Política, actos, tratados y convenios internacionales"*.

Sin duda que el amparo como garantía de los derechos constitucionales, es el avance más importante del desarrollo constitucional ecuatoriano. Precisamente, por ello, hay que difundirlo para mejorar su aplicación y salir al frente de las voces que piden una reforma constitucional para limitarlo y hacerlo ineficaz. Bien hizo el asambleísta al proteger al amparo de estos afanes neutralizadores, cuando prescribió que: *"no serán aplicables normas procesales que se opongan a la acción de amparo, ni a las disposiciones que tiendan a retardar su ágil despacho"*.

El Ecuador se ha caracterizado por su inseguridad jurídica, por la poca predisposición de algunas de sus autoridades al respeto no solo de la Constitución sino, incluso, de la ley y los convenios internacionales. Desgraciadamente, **la ideología democrática y constitucional** no ha permeado la institucionalidad ecuatoriana que, muchas veces, vive la democracia de la apariencia y no la real que sustenta su solidez en la seguridad jurídica de la Constitución y la ley.

Podríamos decir que los antecedentes de la “Acción de Protección” son de carácter **internacional** y de ámbito **nacional**.

***En lo internacional:***

a) La Declaración de los Derechos del Hombre, aprobada el 10 de diciembre de 1948, que dispone en su artículo 8:

*"Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la **ampare** (la negrilla es nuestra) contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o la Ley".*

b) La declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre, adoptada en la IX Conferencia Internacional Americana, reunida en Bogotá en abril de 1948, que en su artículo 8 dice:

*"Toda persona puede acudir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual **la justicia lo ampare** (la negrilla es nuestra) contra actos de autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".<sup>16</sup>*

c) La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) establece en su Art. 25:

*"Protección judicial. 1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante tribunales o jueces competentes, que la **ampare** (la negrilla es nuestra) contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2) Los Estados partes se comprometen: a) garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades del recurso gradual; y, c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".<sup>17</sup>*

***En lo nacional:***

El Amparo es tratado ya en la Constitución de 1967. Luego, en las Reformas Constitucionales de enero de 1996, se instituye el Amparo en su Art. 31, para luego tener su versión actual después de la Codificación de 1998, en el Art. 95.

#### **7.4.Derechos Protegidos por la Acción de Protección.**

La Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional en su Capítulo III, Art. 39 expresa lo siguiente: “La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos, que no estén amparados por las acciones de hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, por incumplimiento, extraordinaria de protección y extraordinaria de protección contra decisiones de la justicia indígena.”.

Es de aclarar que el artículo transcrito menciona adicionalmente el amparo de los Tratados “Internacionales sobre Derechos Humanos”, cosa que a los Señores Asambleístas de Montecristi omitieron incluir en la Carta Magna y que de manera sutil hoy hacen constar en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que además es limitante a mi parecer, pues la frase debió ser incorporada a la Constitución y hablar en general de los “tratados internacionales”, pues es la normativa supranacional la que hoy en día la que fija los límites de la Constitución de los países que son signatarios de esos tratados.

En las diferentes épocas de la humanidad se han dado aspiraciones vitales cuyo fin u objeto ha sido el obtener la libertad, dignidad humana, justicia, que con el transcurso del tiempo han sido recogidos en documentos de distinta naturaleza, no solo en el ámbito legal, sino también en los de la literatura y la filosofía; y que justamente nacieron como contrarréplica a los excesos absolutistas.

Son los derechos naturales aquellas consideraciones o facultades subjetivas que el ordenamiento jurídico reconoce, y que obliga precisamente a los individuos ha dar, hacer o abstenerse, y que poco a poco se han ido plasmando en reglas jurídico-positivas de los derechos humanos, formándose así un nexo entre la concepción “*Estado de Derecho*” y los derechos fundamentales; entre el derecho subjetivo y el objetivo.

Es en Estados Unidos donde se gestan los principios fundamentales de los derechos humanos y que se concretan de manera positiva en la Constitución de éste país en 1.787.

Posteriormente a las etapas de la Posguerra y la derrota del fascismo se desarrolla los principios en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1.948, que consagra la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos.

En el ámbito constitucional, los derechos fundamentales aparecen positivados a través de dos sistemas: el de las cláusulas generales, consagrados como principios, y el sistema de leyes especiales o casuístico, que se positivaban como normas específicas que concretan distintos derechos básicos; y por último un sistema mixto que determina una combinación de los dos anteriores.<sup>18</sup>

### **7.5.La naturaleza de la Acción**

La Constitución define a esta garantía como ACCION, por lo tanto, no es un recurso. Concepto este último que implica recurrir a otra instancia, por medio de la impugnación. Como bien lo sostiene el Dr. Jorge Zavala Egas *"el recurso pasa a ser una revisión de un asunto previamente conocido"*.

La acción implica poner en movimiento al órgano jurisdiccional constitucional que, en este caso, por disposición del Art. 88 de la Constitución de la República, y artículo 39 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La acción se desarrolla en la **jurisdicción constitucional**, la misma que nace de la Constitución en la que se realizan todos los procedimientos destinados a la prevalencia de la Constitución, proceso en el que, en forma preferente, urgente, breve y sumaria, se tutela no solo los derechos fundamentales de las personas naturales y jurídicas sino, además, el principio de supremacía constitucional.

Los jueces, en la jurisdicción constitucional, están encargados de resolver cuestiones en **materia constitucional**, para el caso de la Acción de Protección, referidos a los derechos fundamentales, haciendo prevalecer la Constitución.

La Acción de Protección **no es un juicio, sino una medida protectora de carácter constitucional** que, en forma preferente y sumaria, es utilizada por los ciudadanos para proteger su derechos constitucionales y evitar que sean violados o desconocidos, proceso al que solo se aplica las normas procesales establecidas en el Art. 88 de la Constitución y las pertinentes de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La Acción de Protección es una garantía para la eficaz vigencia de los derechos ciudadanos que lucha contra el autoritarismo, la arbitrariedad, las acciones de hecho, las conductas prepotentes, intolerantes e ilegales, preservando el Estado de Derecho, no solo previniendo la violación de los derechos sino, además, reparando los efectos si la violencia se ha perpetrado.

#### **7.5.1. Consideraciones Procesales según la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.**

#### **7.6. Quiénes pueden interponer la Acción de Protección.**

El artículo 9 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional expresa que podrán interponer la Acción de Protección:

**“Art. 9.- Legitimación activa.-** Las acciones para hacer efectivas las garantías jurisdiccionales previstas en la Constitución y esta ley, podrán ser ejercidas:

- a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,
- b) Por el Defensor del Pueblo.

Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.”<sup>19</sup>

### **7.7. La Inmediatez o celeridad en emitir una resolución.**

Como veremos a continuación la Acción de Protección tiene por objeto el lograr una resolución de juez competente, según se **describe en el literal b), del numeral 11 del artículo 4 de la LGJCC en el principio de economía procesal** que dice:

“Celeridad.- Limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias.”.

### **7.8. Principios que rigen la Acción de Protección.**

El Art. 4) de la LOGJCC establece los “Principios procesales” de La justicia constitucional se sustenta en los siguientes:

1. Debido proceso.- En todo procedimiento constitucional se respetarán las normas del debido proceso prescritas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos.
2. Aplicación directa de la Constitución.- Los derechos y garantías establecidas en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos, serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte.
3. Gratuidad de la justicia constitucional.- El acceso y el servicio de la administración de justicia constitucional es gratuito, sin perjuicio de la condena en costas y de los gastos procesales a que hubiere lugar de conformidad con el reglamento que la Corte Constitucional dicte para el efecto.

4. Inicio por demanda de parte.- Salvo norma expresa en contrario, los procesos se inician por demanda de parte.
5. Impulso de oficio.- La jueza o juez tiene el deber de impulsar de oficio los procesos constitucionales hasta llegar a su conclusión, salvo en los casos expresamente señalados en esta ley.
6. Dirección del proceso.- La jueza o juez deberá dirigir los procesos de forma activa, controlará la actividad de los participantes y evitará las dilaciones innecesarias. En función de este principio, la jueza o juez podrá interrumpir a los intervinientes para solicitar aclaraciones o repreguntar, determinar el objeto de las acciones, encauzar el debate y demás acciones correctivas, prolongar o acortar la duración de la audiencia.
7. Formalidad condicionada.- La jueza o juez tiene el deber de adecuar las formalidades previstas en el sistema jurídico al logro de los fines de los procesos constitucionales. **No se podrá sacrificar la justicia constitucional por la mera omisión de formalidades.** (el subrayado me corresponde).
8. Doble instancia.- Los procesos constitucionales tienen dos instancias, salvo norma expresa en contrario.
9. Motivación.- La jueza o juez tiene la obligación de fundamentar adecuadamente sus decisiones a partir de las reglas y principios que rigen la argumentación jurídica. En particular, tiene la obligación de pronunciarse sobre los argumentos y razones relevantes expuestas durante el proceso por las partes y los demás intervinientes en el proceso.
10. Comprensión efectiva.- Con la finalidad de acercar la comprensión efectiva de sus resoluciones a la ciudadanía, la jueza o juez deberá redactar sus sentencias de forma clara, concreta, inteligible, asequible y sintética, incluyendo las cuestiones de hecho y derecho planteadas y el razonamiento seguido para tomar la decisión que adopte.

11. Economía procesal.- En virtud de este principio, la jueza o juez tendrá en cuenta las siguientes reglas:

a) Concentración.- Reunir la mayor cantidad posible de cuestiones debatidas, en el menor número posible de actuaciones y providencias. La jueza o juez deberá atender simultáneamente la mayor cantidad de etapas procesales.

b) Celeridad.- Limitar el proceso a las etapas, plazos y términos previstos en la ley, evitando dilaciones innecesarias.

c) Saneamiento.- Las situaciones o actuaciones afectadas por la omisión de formalidades pueden ser convalidadas por la parte en cuyo favor se establecen.

12. Publicidad.- Los procedimientos previstos en esta ley serán públicos, sin perjuicio de las medidas especiales que tome la jueza o juez para preservar la intimidad de las personas o la seguridad del Estado.

13. Iura novit curia.- La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional.

14. Subsidiaridad.- Se tomarán en cuenta los demás principios procesales establecidos en la legislación ordinaria, en la medida en que sean compatibles con la naturaleza del control constitucional.

## **7.9. La admisibilidad de la Acción**

La garantía **constitucional** tiene controles de admisibilidad para el ejercicio de la Acción de Protección. La admisibilidad, en otras legislaciones, consiste en una especie de fiscalización del petitorio con el que se da inicio al proceso constitucional, buscando, a través de esta fiscalización, que el petitorio cumpla con requisitos formales y materiales. Dicho en otras palabras, los requisitos para acceder al órgano jurisdiccional.

Este control de admisibilidad, es más riguroso para los casos de acciones extraordinarias de protección y de cumplimiento para determinar el estricto apego a los requisitos de admisibilidad y procedencia establecidos en la LOGJCC, para lo cual la Corte Constitucional contará con una Sala de Admisión encargada de calificar y admitir la procedencia de acciones constitucionales en los casos y términos establecidos en la ley. Esta sala estará integrada por tres juezas o jueces constitucionales, que actuarán mensualmente de manera rotativa, según lo dispone el Art. 197 de ésta Ley..20

La acción de protección está sometida a requisitos formales, serán resueltos al momento de dictarse las resoluciones tanto de los jueces como de la Corte Constitucional, pues hablamos no de “meras formalidades” en unos casos, pues éstas son subsanables a favor del recurrente según dispone la aludida ley, sino existen casos en los cuales es imprescindible contar con elementos que legalmente se constituyen en solemnidades esenciales que imperativamente deben cumplirse y no son subsanables por su naturaleza.

### **7.10.Competencia**

La Competencia para conocer y resolver la Acción de Protección, está determinada en el artículo 7 de la LOGJCC que dice:

“ Será competente cualquier jueza o juez de primera instancia del lugar en donde se origina el acto u omisión o donde se producen sus efectos. Cuando en la misma circunscripción territorial hubiere varias juezas o jueces competentes, la demanda se sorteará entre ellos. Estas acciones serán sorteadas de modo adecuado, preferente e inmediato. En caso de que se presente la demanda oralmente, se realizará el sorteo sólo con la identificación personal. En las acciones de hábeas data y acceso a la información pública, se estará a lo dispuesto en esta ley.

La jueza o juez que deba conocer las acciones previstas en este título no podrá inhibirse, sin perjuicio de la excusa a que hubiere lugar.

La jueza o juez que sea incompetente en razón del territorio o los grados, inadmitirá la acción en su primera providencia.

La jueza o juez de turno será competente cuando se presente una acción en días feriados o fuera del horario de atención de los otros juzgados.”.

### **7.11. Jurisdicción**

Cómo queda expuesto son los Jueces de primera instancia los competentes y con jurisdicción para conocer y resolver el asunto controvertido, añadiendo que se sigue igual regla que bajo el imperio de la Constitución de 1.998 determinaba a través de una resolución del Tribunal Constitucional de ese entonces determinaba que el Juez competente debía ser un Juez de instancia que sea del lugar donde se expide el acto administrativo o incurre en la omisión, o en su defecto el Juez del lugar en el cual se consumirían los efectos de el acto u omisión antes descritos.

El artículo 8 de la LOGJCC establece en su numeral 8 que:

Actualmente la apelación de los autos de inadmisión y las sentencias son apelables ante la Corte Provincial. “.21

### **7.12. Legitimación**

**El Art. 9 de la LOGJCC, determina que la Legitimación activa para** la acción de protección podrá ser ejercidas por:

“a) Por cualquier persona, comunidad, pueblo, nacionalidad o colectivo, vulnerada o amenazada en uno o más de sus derechos constitucionales, quien actuará por sí misma o a través de representante o apoderado; y,

b) Por el Defensor del Pueblo.

Se consideran personas afectadas quienes sean víctimas directas o indirectas de la violación de derechos que puedan demostrar daño. Se entenderá por daño la consecuencia o afectación que la violación al derecho produce.”.

En mi opinión debería existir una norma expresa o precedente constitucional que determine la posibilidad de que sea un agente oficioso el que pueda interponer ésta acción, siempre y cuando obviamente se espere la ratificación de parte del afectado.

### **7.13. Presupuestos procesales**

La Acción de Protección **ataca actos ilegítimos de autoridades públicas o de una persona particular, cuando estos se constituyen en violatorios de derechos consagrados en la Constitución** o en tratados o convenios internacionales vigentes que, sí la violación del derecho provoca daño grave o sí la persona afectada se encuentra en estado de subordinación, indefensión o discriminación.

Es fundamental que la acción precise lo siguiente:

- a. Existencia de acto u omisión ilegítima;
- b. Violación de un derecho constitucional o de un derecho reconocido en tratados o convenios internacionales;
- c. Daño grave.

Debe mencionarse en la petición de amparo que, sobre esa materia y con el mismo objeto, no se ha presentado otra acción ante más de un juez o tribunal.

¿Qué pasa si no se cumple con éste requisito?

Debemos considerar varios aspectos. El primero, es que uno de los principios de la jurisdicción constitucional, es la informalidad. Por lo tanto, es menos riguroso en el cumplimiento de formalidades. Luego debemos examinar que el bien jurídico que se protege en una acción de protección, es superior al formalismo procesal y, finalmente, debemos analizar el efecto que la Ley le da al cumplimiento de esta formalidad.

El Art. 56, numeral 4 de la LOGJCC, determina el efecto procesal de tal incumplimiento en el ámbito constitucional; y es que si se evidencia que el accionante ha presentado más de una Acción de Protección sobre la misma materia y con el mismo objeto, sufre una sanción, que es la declaración de inadmisión por parte del Juez, con la orden consecuente del archivo de la causa, contrario a lo que sucedía antes, bajo la Ley de Control Constitucional de 1.997, en que existía una doble sanción: se ordenaba el archivo de todas las acciones de amparo y, además, se remitía el caso a la jurisdicción penal, pues se habrían cometido infracciones tipificadas en el Código Penal.

La falta de declaración sobre la no presentación de otras acciones, es un requisito **subsancionable**. Para ello, el juez debe concederle un término de cinco días para que incorpore tal declaración, de no hacerlo se ordenará el archivo de la causa según el artículo 83 de la LOGJCC.

#### **7.14. La admisión**

Una vez recibida y admitida la petición que contiene la acción de protección, el juez **CONVOCARÁ de inmediato a las partes**.

La LOGJCC establece en el numeral 4 del artículo 8 que “Las notificaciones se harán por los medios más eficaces que estén al alcance de la jueza o juez, de la persona legitimada activa y de la persona, entidad u órgano responsable del acto u omisión. De ser posible se preferirán medios electrónicos.”.

He podido apreciar que en la práctica judicial, hay jueces que ordenan citar a las partes, remitiendo incluso el petitorio a las oficinas de citaciones. Tal procedimiento es absolutamente incorrecto a más de atentatorio contra los derechos del accionante, pues la acción de protección debe ser tratada en forma preferente y sumaria, como así lo determina el literal d) y e) del artículo 86 de la Constitución de la República, que dicen:

“d) Las notificaciones se efectuarán por los medios más eficaces que estén al alcance del juzgador, del legitimado activo y del órgano responsable del acto u omisión.

e) No serán aplicables las normas procesales que tiendan a retardar su ágil despacho.”.

Otros **CITAN** por medio de sus secretarios y lo hacen tres veces, si es que no fue encontrada, en persona, la autoridad requerida. También es un procedimiento equivocado. Convocar a la audiencia, solo requiere de un oficio, que se remite a la autoridad cuestionada, en la que se le comunica el día y hora de la audiencia. El reclamante será notificado de ésta audiencia en su casilla judicial.<sup>22</sup>

**7.15. Las partes**, en una Acción de Protección, solo son el ofendido, que reclama por una violación constitucional, y la autoridad o persona particular de quien emana el acto u omisión ilegítima. Naturalmente, en este acto pueden haber intervenido varias autoridades y, a todas ellas, habrá que convocarlas a la audiencia.

#### **7.16. Medidas precautelares**

El juez, en su providencia de admisión de la Acción, puede ordenar la suspensión del acto que afecte o amenace los derechos protegidos, antes de la audiencia.

Esta suspensión es **provisional** y puede ser confirmada o revocada cuando el juez resuelva.

Esta medida es precautelar y tiene como propósito cumplir con los principios protectores que la Constitución le asigna a la acción de protección pues, como se ha insistido, ésta es una acción preferente y sumaria, y busca que las garantías a los derechos sean respetados en forma oportuna y eficaz.

Como bien sostiene el Dr. José García Falconí, en relación a esta medida preventiva cuando ostentaba el nombre de “Acción de Amparo”: *"los jueces tienen facultad amplísima para decidir sobre la procedencia de la suspensión, tomando en cuenta la probable o improbable constitucionalidad del acto reclamado, por dificultad de reparación que pueda sufrir el agraviado con su ejecución"*.

La suspensión debe ser notificada a la autoridad de quien proviene el acto. **El efecto** de la suspensión es **inmediato** y surte efecto hasta la resolución final del juez, quien puede

confirmarla o revocarla. Si la resolución de suspensión se confirma, el acto ilegítimo cesa en sus efectos definitivamente.

Transcribo aquí la ponencia del Dr. Hernán Rivadeneira, Vocal del Tribunal Constitucional, sobre el Efecto Devolutivo de las Decisiones del Juez de Instancia en ese entonces denominada “Amparo Constitucional” regida por la Constitución de 1.998:

*"Los jueces y tribunales de instancia en el trámite de amparo constitucional (jueces civiles o penales, tribunales de lo contencioso-administrativo, etc.), por mandato constitucional tienen la delegación para atender en primera o definitiva instancia estas acciones, es decir, para este tipo de trámites administrativo-constitucionales se les concede una competencia especial, pues, se convierten en jueces constitucionales, apartándose por un momento de su condición de jueces ordinarios o cumpliendo paralelamente las dos funciones".*

*Para este tipo de trámite existen normas procesales especiales, las mismas que constan en el texto constitucional y en la Ley de Control Constitucional, en tanto no se oponga a la norma jerárquicamente superior.*

*Estas disposiciones adjetivas se enmarcan en los principios del Derecho Administrativo, en tanto las resoluciones que al respecto se adoptan causan ejecutoría y su cumplimiento es inmediato.*

*Es así como el artículo 95 de la Constitución, desde su primer inciso, determina las características singulares de la acción de amparo mediante un trámite preferente y sumario, con la atribución al juez de instancia para que adopte medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o **remediar inmediatamente** las consecuencias de un acto u omisión ilegítimos de una autoridad pública. La referencia a la **remediación inmediata** de un acto ilegítimo precisamente tiende a que no se demoren las medidas precautelatorias a través de un trámite expedito. En este sentido, los jueces de instancia, al dictar su primera providencia convocando de inmediato a audiencia pueden también ordenar la suspensión, se entiende provisional, de cualquier acto que pueda traducirse en violación de un derecho (inciso quinto, Art. 95). Esta primera providencia del juez deberá cumplirse en forma inmediata, pues, en caso contrario, no tendría razón de dictarse, pues,*

*no surtiría efecto la tutela o amparo que se pretende. Cualquier demora en este trámite y el incumplimiento de lo ordenado por el juez de manera urgente y provisional, trastrocaría el fundamento de este tipo de acción constitucional.*

*Pero, la disposición clave para comprender el efecto inmediato de una resolución dentro de este trámite sumarísimo consta en el inciso sexto del mismo artículo invocado:*

*"Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes (se entiende luego de la audiencia), el juez dictará la resolución, la cual se cumplirá de inmediato, sin perjuicio de que tal resolución pueda ser apelada para su confirmación o revocatoria, para ante el Tribunal Constitucional".*

*Esta resolución definitiva del juez de instancia, una vez adoptada, debe cumplirse de inmediato no obstante se apele de ella ante el superior; es decir, la apelación tiene **efecto devolutivo** y no suspensivo como en cambio si ocurre con las demás resoluciones o fallos de la justicia ordinaria, con algunas excepciones, como es el caso por ejemplo de las resoluciones respecto de pensiones alimenticias para los menores, que tiene también este carácter o efecto devolutivo y no suspensivo mientras se ventila el recurso de apelación. En otras palabras: Primero se cumple la resolución sin perjuicio del trámite en segunda y definitiva instancia en los casos de amparo constitucional. Solo así podrá lograrse la **"tutela judicial efectiva de los derechos consagrados en la Constitución"** (Art. 46, LCC).*

*El artículo 51 de la Ley de Control Constitucional nos permite también apreciar esta característica del efecto jurídico de una resolución adoptada en la acción de amparo:*

*"Art. 51.- Dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la conclusión de la audiencia el juez o tribunal concederá o negará el amparo. De admitirlo ordenará la suspensión definitiva del acto u omisión impugnados disponiendo la ejecución inmediata de todas las medidas que considere necesarias para remediar el daño o evitar el peligro sobre el derecho violado, sin perjuicio de las que se hayan adoptado en forma preventiva..."*

*Por su parte, el artículo 58 ibídem, propone igualmente, como lo hace el texto constitucional y la última norma legal transcrita, el cumplimiento inmediato de las resoluciones en materia de amparo:*

*"Las resoluciones que se dicten en la tramitación de un recurso de amparo (se entiende en primera y segunda instancias) serán de cumplimiento inmediato por parte del funcionario o autoridad pública a quien la resolución vaya dirigida..."*

*Todo lo anterior nos demuestra, con absoluta claridad y exactitud, cómo deben aplicarse las resoluciones adoptadas en el amparo constitucional y, en consecuencia, no cabe aceptar los criterios de muchos jueces de instancia respecto del cumplimiento de sus propias decisiones y peor aún de las autoridades correspondientes a quienes va dirigida la resolución bajo el argumento, contrario a la Constitución y la Ley, de que es indispensable esperar se cumpla el trámite de segunda instancia ante el Tribunal Constitucional para cumplir la resolución respectiva.*

*Nos parece indispensable la elaboración de un instructivo para todos los jueces de instancia de la República, con el objeto de imponerles el cumplimiento de las normas arriba transcritas, bajo prevenciones legales, así como, en los casos particulares que se denuncien, también imponer a las correspondientes autoridades y funcionarios de la administración pública la obligación de cumplir de inmediato tanto con las resoluciones provisionales o previas como con aquellas definitivas dictadas por los jueces de instancia, sin perjuicio, o no obstante, las mismas se encuentren en apelación para ante el Tribunal Constitucional, caso contrario el amparo constitucional no tendría eficacia".*

La suspensión del acto cuestionado evita los efectos perjudiciales del mismo que, en la mayoría de los casos, son de muy difícil reparación, pues éstos producen situaciones jurídicas prácticamente irremediables. La suspensión del acto solo beneficia al agraviado, no tiene el carácter de *erga omnes*.

La suspensión puede ser dictada **de oficio** o por petición de parte. Afortunadamente hoy existe además de la resolución que versa sobre la nulidad del acto u omisión ilegítima, la declaratoria de reparación integral, que entiende al daño material e inmaterial provocado con el daño, su base legal es el art. 18 de la LOGJCC.

### 7.17. Las Partes

Los sujetos procesales que intervienen en la acción de amparo son: el agraviado, quien es el que tiene la **legitimación activa** en la pretensión y la autoridad cuestionada en forma personal y en su calidad de autoridad pública.

No considero al Procurador del Estado como parte de la acción de protección, salvo que tal órgano de la función pública haya dictado un acto ilegítimo; pues el principio de la acción de protección es que responda la autoridad que dicta el acto cuestionado, sí bien como parte del Estado, no es el Estado en su conjunto.

El agraviado puede ser una persona natural o jurídica y, ésta última, pública o privada. Puede ser parte de una acción de protección el Defensor del Pueblo, para los casos especificados en la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. En estos casos el Defensor del Pueblo actúa con legitimación activa.

Intervienen con legitimación activa el representante legitimado de una colectividad. El término **colectividad** hace referencia a un grupo humano que tiene algo en común y para el ámbito constitucional debe ser entendido como **un grupo humano que tiene derechos constitucionales comunes como colectivo social**.

El ex Tribunal Constitucional se ha referido al tema como: *"una agrupación unida por lazos específicos como son los pueblos indígenas y negros para quienes la Constitución utiliza la antedicha expresión al consagrar sus **"derechos colectivos"** en el Capítulo V, del Título III (Arts. 83 a 85) de la Ley Suprema"*.

Resumamos, por lo tanto, que los derechos colectivos son aquellos que se le asignan a determinados grupos sociales: mujeres, trabajadores, indígenas, negros, jóvenes, entre otros. El dirigente que representa a cualquiera de estos colectivos será su **representante legitimado**.

Héctor Fix-Zamudio denomina **derechos difusos** *"aquellos derechos subjetivos e intereses legítimos que pertenecen a personas indeterminadas y a diversos grupos sociales"*

*distribuidos en varios sectores y que se refieren a ámbitos como el consumo, el medio ambiente, entre otros".*

Para los derechos difusos no es posible asignar como titular del derecho a un grupo en particular. La Constitución no resuelve el problema de la legitimación activa, pero, sí lo hace el numeral 6 del Art. 6 de la Ley de Control Constitucional, que establece que:

*"Cualquier persona o grupo de personas podrá presentar esta acción. Cuando intervenga una persona a nombre de la comunidad, deberá demostrar la calidad en la que comparece. "*

Hay normas específicas para la legitimación activa para el caso de los derechos de los consumidores, cuando puede y debe intervenir el Defensor del Pueblo.

#### **7.18. Acto u omisión ILEGÍTIMA de Autoridad Pública o de una Persona Privada**

Habíamos visto que el objeto de la Acción de Protección es brindar a la persona (natural o jurídica) una garantía eficaz a sus derechos, ante la violación ya acaecida de un derecho constitucional o reconocido en un convenio o tratado internacional, proveniente de una autoridad pública o de una persona privada. En el pasado con solo la amenaza de daño inminente bastaba para interponer una "Acción de Amparo" por el potencialmente perjudicado.

Los actos que provienen de la administración pública son **actos administrativos** que versan sobre asuntos de la administración pública.

Según el Dr. Marco Morales, ex-Presidente del ex Tribunal Constitucional, hoy denominada Corte Constitucional estos actos *"nacen de la administración pública pero sus efectos solo se producen al interior del órgano o del ente. A estos les denominamos **actos de administración** (la negrilla es nuestra) cuando los efectos jurídicos rebasan los límites internos de la administración, nos encontramos frente a un **acto administrativo**" (la negrilla es nuestra).* 23

Los actos administrativos y los actos de administración son impugnables, si éstos violan derechos constitucionales o reconocidos en tratados o convenios internacionales.

La ilegitimidad del acto está caracterizada, fundamentalmente, cuando éste ha sido dictado por una autoridad que carece de competencia o que teniendo facultades y atribuciones lo ejecutó violentando el procedimiento normado para su emisión ó, como muy bien sostienen la Dra. Valeria Merino y el Dr. Rafael Oyarte "*cuando su contenido sea contrario a Derecho o bien se trate de un acto que no ha sido motivado*".

Uno de los hechos más corrientes de ilegitimidad de un acto administrativo proviene por **la falta de motivación** del mismo.

Nuestra Constitución dispone, en su Art. 226 que dice:

"Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."

El tratadista Manuel María Díez señal como acto administrativo: "*Toda actividad coordinada hacia un fin, con un orden, un modo de sucesión y una forma de proceder, llamada procedimiento jurídico y éste procedimiento o presupuesto procesal...tiene mayor importancia cuando se refiere a las acciones de los entes públicos en general y del Estado en particular*".<sup>24</sup>

La Acción de Protección procede contra los actos o decisiones del Poder Legislativo, "sin valor de Ley" y en cuanto violen derechos y libertades. Procede contra los actos del Poder Ejecutivo, de acuerdo con nuestro texto constitucional no son susceptibles de acción de protección constitucional las providencias y resoluciones judiciales, pues así lo determina el art.88 de la Constitución, que expresa:

*“La acción de protección tendrá por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, y podrá interponerse cuando exista una vulneración de derechos constitucionales, por actos u omisiones de cualquier autoridad pública no judicial;...”* (el subrayado me corresponde).

En consecuencia, el acto administrativo constituye un acto jurídico que versa sobre asuntos de la administración pública, no referido al ámbito exclusivo de la Función Ejecutiva, sino al conjunto de órganos o entidades que forman la estructura del Estado, y que se encuentran expresamente detallados en el artículo 225 de la Constitución Política del Ecuador.

Las distintas funciones del Estado son portadoras de potestades que se manifiestan a través de sus competencias y el cúmulo de atribuciones conferidas legal o reglamentaria. “La competencia pertenece al órgano y no a su titular, éste simplemente lo representa y ejerce la competencia”<sup>25</sup>

El acto de autoridad pública engloba a todo acto que emana de la autoridad pública. La Constitución Política no restringe su procedencia solamente al acto administrativo, aunque en materia constitucional es procedente el que nos remitamos a aquellos actos que generan efectos jurídicos.

Antonio Royo Villanova, autor de la obra “Elementos de Derecho Administrativo”, define al acto administrativo como: *“Un hecho jurídico que por su procedencia emana de un funcionario administrativo, por su naturaleza se concreta en una declaración especial; y, por su alcance afecta, positiva o negativamente los derechos administrativos de las personas individuales o colectivas que se relacionan con la administración pública.”*<sup>26</sup>

Para el Doctor Patricio Cordero Ordóñez, catedrático de las Universidades de Cuenca y del Azuay, el acto administrativo tiene su concepción ideal en la Teoría Italiana que sostiene sobre el acto administrativo: *“Es la manifestación de voluntad de autoridad pública administrativa competente, que crea, modifica o extingue o suprime situaciones jurídicas subjetivas, o que potencialmente puede crear, modificar o extinguir estas situaciones”*.<sup>27</sup>

La LOCJGJ del Ecuador actualmente determina que la acción de protección opera contra:

- “1. Violación de un derecho constitucional;
2. Acción u omisión de autoridad pública o de un particular de conformidad con el artículo siguiente; y,
3. Inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial adecuado y eficaz para proteger el derecho violado.”.28 (el subrayado es nuestro).

”También se podrá presentar acción de protección contra los particulares, cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso o inclusive individual”.29

Este es el principio de legalidad, por el cual la actuación de la administración pública debe fundamentarse en la atribución de potestades públicas, y es esta adecuación funcional, la que obliga al administrado. Este principio de legalidad limita a la autoridad a que su actuación se encuadre en la ley. Esta es una legalidad objetiva que debe ser invocada por los particulares en respeto a sus derechos.

La motivación del acto administrativo evita la actuación arbitraria de la autoridad, obligándole a que argumente sus decisiones, tanto en los hechos como en el derecho, ajustando su conducta a los límites que le impone el orden jurídico.

**La motivación es la exteriorización de las razones** que ha llevado al órgano administrativo a dictar el acto, expresando las razones de los hechos y del derecho que lo justifica. Esta obligación está prevista en el literal l), del numeral 7 del artículo 76 de la Constitución, que ordena que:

” l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideraran nulos. Las servidoras o servidores responsables serán sancionados.”.30

El incumplimiento de esta disposición es una violación constitucional y es un acto ilegítimo, pues, además, contraría lo establecido en el artículo 31 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios, por parte de la iniciativa privada. Un acto administrativo no motivado, es un acto violatorio a la Ley, según lo dispone el Art. 20 de la Ley de Modernización del Estado.<sup>31</sup>

**El ex Tribunal Constitucional ha acogido el criterio del profesor José María Bocquera, quien sostiene que *"no se motiva un acto si solo se refieren los hechos y fundamentos de derecho, tenidos en cuenta para adoptarlo. Resulta necesario expresar el razonamiento que, a partir de aquellos, se ha seguido para tomar la decisión"*. (Caso 834-98-RA).**<sup>32</sup>

Procede también la acción de amparo contra las **omisiones**; esto es, cuando la administración teniendo el deber jurídico de actuar no lo hace. Es un caso paradigmático en esta materia, el relativo al **silencio administrativo**.

El numeral 23, del Art. 66 de la Constitución Política nos garantiza el derecho a recibir respuestas pertinentes a los pedidos que los ciudadanos hacen a las autoridades, siempre y cuando éstas no se las dirija a nombre del pueblo o en forma injuriosa o desconocida. Este derecho a recibir las respuestas negativas o afirmativas de la autoridades, está regulado por una norma secundaria: la Ley de Modernización del Estado, que dispone en su Art. 28, que la autoridad requerida debe hacerlo en el término de **15 días**. Si la respuesta –insisto– negativa o afirmativa, no se da, se produce una **omisión** que vulnera un derecho constitucional y que es plenamente viable reclamarla por la vía del amparo, buscando que opere la consecuencia jurídica del silencio, consecuencia prevista en la propia ley. Esto es, que se entenderá la petición aceptada.<sup>33</sup>

La autoridad pública está integrada por las ahora cinco funciones del Estado, Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Transparencia y Control Social e Electoral, los organismos de control y regulación, todo el régimen seccional autónomo, los organismos creados por la ley para ejercer la potestad estatal para la prestación de servicios públicos o para el desarrollo de actividades económicas asumidas por el Estado; y, las personas jurídicas del régimen seccional para la prestación de servicios públicos.

Debemos precisar que no todo acto de la administración pública puede ser impugnado por la vía de la Acción de Protección y, además, que el ésta no reemplaza a las acciones de **incumplimiento** o a la de **inconstitucionalidad**.

Se excluye por disposición constitucional, las decisiones judiciales adoptadas **en un proceso**, pero se puede hacerlo contra actos administrativos de la Función Judicial. Así mismo, se excluye los actos **legislativos** de la Asamblea Nacional pero, se puede hacerlo contra sus actos administrativos. Por cierto, la elección de las autoridades del Congreso es, en nuestra opinión, **un acto legislativo** previsto como uno de sus deberes y atribuciones, establecido en el Art. 121 de la Constitución.

Si la acción ilegítima proviene de una persona privada, cabe la Acción de Protección, ya no solo según lo disponía el Tribunal Constitucional: "*solo contra personas que presten servicios públicos o que actúen por delegación o concesión de una autoridad pública*", actualmente el artículo 41 de la LOGJCC dispone en su numeral 4 los requisitos necesarios para que proceda una acción de éste tipo en contra de actos u omisiones provenientes de personas naturales o jurídicas, y son los siguientes:

- a) Presten servicios públicos impropios o de interés público;
- b) Presten servicios públicos por delegación o concesión;
- c) Provoque daño grave;
- d) La persona afectada se encuentre en estado de subordinación o indefensión frente a un poder económico, social, cultural, religioso o de cualquier otro tipo.

### 7.19. Acto violatorio de un Derecho Constitucional

La disposición del numeral 2 del artículo 40 de la Constitución determina que la Acción de Protección se la propone contra " Acción u omisión de autoridad pública o de un particular .....".

La disposición constitucional actual es restrictiva en el sentido que la Acción como tal procede solo cuando existe el daño, es decir cuando éste ya se ha configurado o ha tomado una manifestación concreta en el espacio y tiempo, pues la Constitución de 1.998 era más amplia al determinar que la Acción de Amparo se establecía para remediar el daño e inclusive precautelar o proteger a los ciudadanos de "daño inminente" es decir de la mera posibilidad de peligro.

Pero actualmente el asambleísta incorpora en el texto de la LOGJCC la declaratoria de reparación al daño que ya fuera causado, para de que de éste modo se le otorgue a la Acción de Protección no solo una naturaleza constitucional de "remediación" del daño ya configurado sino de tintes jurisdiccionales para la posterior demanda de daño moral o material, resultando no solo una acción de reconocimiento de derechos sino también declarativa de derechos, en cuanto decide y otorga tales, que simplemente deberán ser calculados en el futuro por el Juez competente.

### 7.20. Daño

La gravedad de un acto ilegítimo, debe centrarse en el hecho de la **violación constitucional**. Nada hay más grave que vulnerar los derechos constitucionales de las personas, entendiendo por **persona**, tanto a la natural como a la jurídica.

Basta que haya violación constitucional para que se produzca un **daño grave** que, por cierto, no solo afecta a la persona que lo reclama, sino al sistema jurídico y político del Estado. Como queda ya aclarado, actualmente "la inminencia" ya no se encuentra entre los requisitos legales para que proceda la acción y que según el sistema jurídico cuando aun vigente la Constitución de 1.998 se hacía relación en incontables resoluciones del Tribunal Constitucional se refería a los efectos que **el acto ha producido o que podía producir**.

### **7.21. La Inconstitucionalidad de los Actos Administrativos.**

El artículo 24 de la Ley Orgánica de Control Constitucional de 1.997 definía al *Acto Administrativo* como las “declaraciones que crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas individuales, así como los de mero trámite que influyan en una decisión final”.

Según el literal d) del artículo 75 de la actual LOGJCC determina como una de las competencias de la Corte Constitucional el resolver las demandas de inconstitucionalidad, las que pueden ser propuestas por cualquier persona, individual o colectivamente.

Que sobre Actos normativos y administrativos con carácter general se hayan presentado en ante ésta.

### **7.22. Efectos de la Sentencia.**

De un modo general el artículo 95 de la Constitución Política de la República determina que las sentencias emitidas por la Corte Constitucional surten efectos de cosa juzgada y producen efectos generales hacia el futuro, es decir su efecto se trata de los conocidos por la doctrina como los *ex nunc* es decir solo rigen para lo venidero y solo de manera excepcional, si la declaratoria de inconstitucionalidad provocará un vacío que afectare los derechos constitucionales será expresada en el contenido de la resolución su efecto *ex tunc* es decir con carácter retroactivo, esto con el fin de preservar la plena vigencia de los derechos constitucionales.

### **7.23. La resolución de la Acción de Protección**

Más allá que el artículo 91 y siguientes de la LOGJCC dispone los requisitos de las Sentencias emitidas por la Corte Constitucional, los términos para aclaraciones y ampliaciones, debemos mencionar con insistencia que bajo el imperio de la Constitución de 1.998 el Juez podía y debía ordenar la protección o suspensión de los efectos del acto administrativo de manera provisional de ser el caso hasta resolver ésta situación de manera definitiva en sentencia. Actualmente es requisito que el daño se haya manifestado de manera concreta valga la redundancia para poder interponer una Acción de Protección.<sup>34</sup>

En el caso de los Actos Administrativos es evidente que así debe operar, pues al gozar estos con las presunciones de legalidad y ejecutividad, sus efectos no pueden verse vulnerados sino por una Sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, la cual es el instrumento que elimina de manera definitiva la vigencia de éste tipo de actos cuya categoría de presunción (*iuris tantum*) o presunción simple se extingue y por consecuencia provoca que la existencia en el ordenamiento jurídico de el acto administrativo termine.

#### **7.24. La Declaratoria de Inaplicabilidad de la Norma.**

La norma de la consulta dejó de tener vigencia porque en el sistema jurídico no se admiten las **antinomias**; es decir, las contradicciones normativas, más aún cuando la antinomia se presenta entre una ley secundaria y la Constitución.

Existen básicamente tres criterios que se utilizan para superar las contradicciones entre leyes:

El criterio cronológico, mediante el cual norma posterior **deroga** la anterior, haciendo prevalecer, en caso de incompatibilidad, lo dispuesto en la norma posterior.

El criterio jerárquico, según el cual prevalece la norma jerárquicamente superior. En caso de la Constitución, **siempre** ésta prevalece sobre cualquier ley secundaria, por el principio de **supremacía** constitucional.

Y, finalmente, el criterio de especialidad, en cuyo caso la norma especial prevalece sobre la general. Está demás precisar que este principio es solo aplicable entre leyes y no entre la ley y la Constitución.

Los jueces y tribunales **podían y debían**, en caso de encontrar una antinomia entre la ley y la Constitución, declarar la incompatibilidad, promulgando inaplicable la norma inferior, inaplicabilidad que se sustentaba en lo dispuesto en el Art. 272 de la Constitución de 1.998 y debían **obligatoriamente** remitir con un informe, mediante el cual razonan su resolución de **inaplicabilidad** al antes “Tribunal Constitucional”.

La norma declarada **inaplicable**, tenía efecto solo para el caso que era conocido por el juez o tribunal. La aplicabilidad de una norma no hace referencia a su **validez**, pues tal calidad

está referida a la formación de la ley, la misma que, de tener vicios constitucionales, es impugnabile **mediante la objeción de inconstitucionalidad**, procedimiento diferente y que excluía sea tratado mediante la acción de amparo de aquel entonces.

El juez, al declarar la inaplicabilidad de una norma secundaria en relación a la Constitución, se encontraba resolviendo la \*<sup>1</sup>antinomia de contenido y aplicando el principio de supremacía constitucional, se basa la declaratoria de inaplicabilidad de un precepto jurídico como contrario a la Constitución con fundamento en el art. 274 de La Constitución Política de 1998.(35)

La no aplicación de la consulta, prevista en la Ley de Control Constitucional de 1.997, obedecía, además, al hecho de que esta ley era **previa** a las reformas previstas en la Constitución de 1998 y que fueron dictadas por la Asamblea Nacional, por lo que también ocurrió una derogatoria **tácita**, en aplicación al criterio cronológico.

Es imperioso que hayamos tratado ésta situación que regía en el pasado, pues actualmente la Constitución no prevé la declaratoria de inaplicabilidad de la norma como regía en la anterior Constitución de 1.998, que la podía dictar cualquier Juez de instancia. Actualmente es la Corte Constitucional que a través de sus salas es la que dicta resoluciones en ésta materia, siendo según la Constitución de 2.008, el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia.

Se trata de dar un aspecto de “control concentrado” institucional de los actos u omisiones, pero en realidad se trata de un “control mixto”, lo cual afirmamos categóricamente pues, la Acción de Protección como uno de los ejemplos, se interpone ante un Juez de instancia y de la sentencia recurrida en apelación la debe conocer y resolver de manera definitiva una de las Salas de la Corte Provincial respectiva, lo cual demuestra por así decirlo una combinación entre la Jurisdicción ordinaria y la propiamente Constitucional en el aspecto que no solo la Corte Constitucional conoce y resuelve asuntos en materia Constitucional.

### 7.25. Ejecución de la Resolución.

La ejecución de la Resolución final emitida por el Juez competente o del Tribunal Constitucional en segunda y definitiva instancia, corresponde la Juez de instancia ante quien se interpuso el recurso.

### 7.26. La Acción de Protección y sus nomenclaturas en otras Legislaciones.

- **CHILE:** El artículo 21 de la Constitución Chilena prescribe a ésta institución como un “recurso”, cuya finalidad es la que de que todo individuo que se hallare arrestado, detenido o preso puede comparecer por sí o por cualquiera a su nombre, a la magistratura que señale la Ley a fin de que se guarden las formalidades legales y adopte las medidas necesarias para el restablecimiento del imperio del Derecho y asegurar la debida protección del afectado.

Esa magistratura podrá ordenar que el individuo sea traído a su presencia y su decreto será obedecido por todos los encargados de las cárceles, decretando la libertad inmediata o hará que se reparen los defectos legales o poniendo al individuo a disposición del Juez competente, procediendo en todo de forma sumaria y corrigiendo o mandando a corregir los defectos a quien correspondan.

El mismo recurso podrá ser deducido a favor de toda persona que ilegalmente sufra cualquiera otra privación, perturbación o amenaza en contra de su libertad personal y seguridad individual.

- **PERÚ:** El artículo 200 de la Constitución Política del Perú declara que la Acción de Amparo es una de las garantías constitucionales y procede contra el “**hecho u omisión**”, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución. No procede contra normas legales ni contra resoluciones judiciales, emanadas de procedimiento regular.

- **GUATEMALA:** El Amparo en éste país centroamericano, es una institución jurídica que se extiende a toda situación que sea susceptible de un riesgo, una amenaza, restricción o violación de los derechos que la Constitución y las Leyes de éste país, o

restaura el imperio de los mismos cuando la violación hubiere ocurrido, ya sea que dicha situación provenga de personas y entidades de derecho público o entidades de derecho privado.<sup>36</sup>

#### **7.27. Conclusiones sobre la Acción de Protección en relación a los Recursos Contenciosos Administrativos.**

Es necesario para culminar éste capítulo, el recalcar que tanto la Acción de Protección y los Recursos Contenciosos Administrativos, son medios jurídicos que sirven a los administrados para cumplir con la tutela jurídica que dentro de un Estado de Derecho se debe observar y acatar, cuya finalidad primordial es la de que los Jueces y Tribunales que conozcan sobre los aspectos de cumplimiento de la Constitución y de la Ley respectivamente, sirviendo así estos órganos judiciales tan importantes ya que su función de “contralor jurisdiccional”, hasta cierto punto les convierte en Jueces Constitucionales a los llamados “Jueces de Instancia y Jueces de Segunda instancia” de los que se expresa la LOGJCC para el conocimiento de las Acciones de Protección propuestas en las judicaturas, que a más de poder conocer y resolver las Acciones de Protección que se propongan, la principal función es la de restituir las situaciones jurídicas subjetivas violentadas por un acto administrativo hacia el imperio del orden público, de la normatividad vigente al tiempo de en el que se dictó el acto administrativo arbitrario por parte de la autoridad competente.

En el caso en los cuales la autoridad competente dicte un acto administrativo que implique la ilegalidad de éste, la persona interesada en que el orden público sea restituido, es decir que dicho acto se apege o se ciña a derecho debe demandar ésta aspiración ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo.

Es imperioso el recalcar que tanto los Recursos Contenciosos Administrativos como la Acción de Protección no miran la naturaleza del derecho transgredido, sino la naturaleza del acto dictado por la autoridad que es el objeto que transgrede ese derecho valga la redundancia; es por ello que sí el acto de autoridad administrativa se presume por parte del afectado como arbitrario, ilegal o ilegítimo, entonces éste hará uso de la facultad legal de demandar mediante un recurso contencioso administrativo tal transgresión.

Pero sí la naturaleza del acto o la omisión de autoridad ha sido dictado en contra de derechos tutelados por la Constitución Política, y los efectos de éste acto hayan causado un daño entonces se interpondrá la Acción de Protección.

## **8. Propuesta de Reforma a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa del Ecuador.**

### **8.1. Problemática.**

La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa publicada en mediante Ley 035-CL Registro Oficial 338 de 18/03/1968, como expusimos antes, fue creada con el fin de proveer básicamente el instrumento por el cual los administrados han de poder demandar de manera efectiva y concreta el control de la legalidad de los actos administrativos, pero no en sede administrativa sino ante la justicia contencioso administrativa que en el caso del Ecuador lo realiza la Jurisdicción Ordinaria, y decimos “ordinaria”, pues el pasado no existía el llamado principio de la “Unidad Jurisdiccional”, distinguiendo a la Justicia de Policía, Militar, Contravencional y otras como una “isla”, apartados estos ámbitos de pertenecer a la Función Judicial, y provocando una barbaridad jurídica ya que se confunde a la justicia administrativa con la propiamente judicial, lo cual era inaceptable de forma lógica ya que no se puede ser Juez y parte dentro de un proceso Judicial.

He creído pertinente proponer una Ley Reformatoria que incluya otras clases de Recurso Contencioso Administrativo que actualmente no se encuentran legisladas, ya que al haberse promulgado la Ley de la materia bajo una concepción de dos clases de Recursos como son el Subjetivo y el Objetivo, y posteriormente se incluye el Recurso Contencioso Administrativo para el ámbito de la Contratación Pública con la Ley 2001-56, R.O. 483, 28-XII-2001.

## **9. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE CASOS**

### **RECURSO SUBJETIVO.-**

JURISPRUDENCIA DE CASACION GACETA JUDICIAL SERIE 17 No 5

Si por alguna circunstancia no se da cumplimiento a la disposición legal de la forma de designación del personal, esto es que no se haya designado previo concurso de merecimientos y oposición, el efecto no es que de permanente el servidor se convierta en ocasional; sino que el nombramiento adolezca de ilegalidad, circunstancia ésta que de ninguna manera faculta a la autoridad nominadora para prescindir de los servicios del irregularmente designado. En tal evento lo legalmente pertinente es demandar la ilegalidad del acto administrativo de nombramiento, que no puede ser dejado sin efecto por sí mismo, por crear derechos subjetivos y en acatamiento de la disposición constitucional contenida en el Art. 119 de la Carta Política, demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en acatamiento de lo que dispone el lit. d) del Art. 23 de la ley de esa jurisdicción mediante el recurso que la doctrina denomina de lesividad.

Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1484.

(Quito, 15 de noviembre de 2000)

### RECURSO DE CASACION

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Quito, a 15 de noviembre de 2000, las 10h00.

VISTOS: El Ing. Juan José Pons Arízaga, Presidente del Congreso Nacional interpone recurso de casación contra la sentencia dictada por la Segunda Sala del Tribunal Distrital Nro. 1 de lo Contencioso Administrativo en el juicio seguido por el Dr. Ignacio Zambrano en contra de su representado; sentencia en la cual, aceptándose

parcialmente la demanda, se declara ilegal el acto impugnado, **disponiéndose el reintegro del actor a las funciones que venía desempeñando.**

Pretende el recurrente que en la sentencia impugnada se han infringido las disposiciones de los artículos 35 Nro. 9, segundo y tercer incisos en concordancia con el Art. 124 segundo inciso de la Constitución Política del Estado; 131 del Reglamento Interno de Administración de Personal del Congreso Nacional; 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y 136 del Reglamento a la misma; numeral segundo del segundo artículo innumerado del Consejo Administrativo de la Función Legislativa de la Ley Orgánica de la Función Legislativa; 1 de la Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa en concordancia con la disposición transitoria segunda de la ley reformativa a la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa; 65 de la ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y Resolución Generalmente Obligatoria del Tribunal de lo Contencioso Administrativo publicada en el Registro Oficial Nro. 901 de 25 de marzo de 1992, infracciones que a criterio del recurrente han configurado la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación por aplicación indebida, falta de aplicación y errónea interpretación de normas de derecho.

Establecida la competencia de esta Sala para conocer y resolver este recurso con oportunidad de la calificación del mismo, habiéndose en el caso agotado el trámite establecido por la ley para esta clase de recursos, procede el que se dicte sentencia, a efecto de lo cual se hacen las siguientes consideraciones.

1) El Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa dispone que: "El término para deducir la demanda en la vía contencioso - administrativa será de tres meses (se trata de 90 días término según la consideración de conteo de días y años que hace el Código de Procedimiento Civil) en los asuntos que constituyan materia del recurso contencioso de plena jurisdicción (como es la naturaleza del presente), contados desde el día siguiente al de la notificación de la resolución administrativa que haya causado estado y de lo cual se reclama" (lo constante entre paréntesis es nuestro).

Ahora bien, en el caso habiendo el juez "a quo" desechado en sentencia la acción principal, la resolución que causó estado fue la comunicación dirigida al actor por el Presidente del Congreso Nacional con Nro. 333PCN de 8 de diciembre de 1998 y que consta de fojas 8 de autos y la demanda se presenta el día 12 de enero de 1999, siendo

evidente absoluta evidencia que el Tribunal de instancia no infringió la disposición del Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

2) El Art. 1 de la ley de Carrera Administrativa de la Función legislativa en su inciso segundo textualmente dispone. "Art. (1). (Agregado por el Art. 1 de la Ley 128. R.O. 806 6-XI-91 y sustituido por Art. 1 de la Ley 11 R.O. 34, 25-IX-92). Establécense dos calidades de servidores legislativos permanentes y ocasionales: a) Personal legislativo permanente es el de la estructura administrativa de planta del Congreso Nacional y todos los servidores de las Comisiones Legislativas establecidas en el artículo 60 (86) de la Constitución de la República con nombramiento, a excepción de los Secretarios y Asesores de estas Comisiones, y, b) Personal legislativo ocasional son los asesores, servidores de los bloques legislativos, de las comisiones especiales y ocasionales secretarias de legisladores y demás personal temporal u ocasional", en tanto que el inciso tercero agregado por el Art. 1 de la Ley 128, R.O. 806 6-XI-91, dispone que: "El personal legislativo permanente será designado por la Comisión de Mesa, mediante nombramiento y previo concurso de merecimientos y oposición. El personal legislativo ocasional será designado por el Congreso, por su propia iniciativa, o a pedido del Vicepresidente de los legisladores o de las Comisiones mediante contrato".

De lo transcrito claramente aparece que la norma señala dos calidades de servidores legislativos: permanentes y ocasionales, siendo así que en el lit. a) detalla cuáles son los servidores permanentes y en el lit. b) así mismo con detalle establece quienes deben ser considerados como servidores ocasionales de la Función Legislativa, independientemente el Art. 1.b determina la autoridad que designará el personal legislativo permanente que es la comisión de Mesa y establece que tal designación se realizará mediante nombramiento y previo concurso de merecimientos y oposición en tanto que el personal legislativo ocasional será designado por el Presidente del Congreso, mediante contrato.

Ahora bien, si por alguna circunstancia no se da cumplimiento a la disposición legal de la forma de designación del personal legislativo permanente, esto es que no se haya designado previo concurso de merecimientos y oposición, el efecto no es que de permanente el servidor se convierta en ocasional; sino que el nombramiento adolezca de ilegalidad, circunstancia ésta que de ninguna manera faculta a la autoridad nominadora para prescindir de los servicios del irregularmente designado, ya que conforme al Art. 2, el personal legislativo permanente goza de estabilidad. En tal evento lo

legalmente pertinente es demandar la ilegalidad del acto administrativo de nombramiento, que no puede ser dejado sin efecto por si mismo, por crear derechos subjetivos y en acatamiento de la disposición constitucional contenida en el Art. 119 de la Carta Política, demandar ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en acatamiento de lo que dispone el lit. **d) del Art. 23 de la ley de esa jurisdicción mediante el recurso que la doctrina denomina de lesividad.**

3) Es evidente que de conformidad con lo que dispone el Art. 124 de la Constitución Política del Estado, el ingreso dentro del servicio civil y carrera administrativa debe hacerse mediante concurso de merecimientos y oposición, más la disposición antes transcrita no significa de ninguna manera que el incumplimiento de la disposición constitucional traiga como consecuencia el que el servidor público se convierta de permanente en ocasional. Lo que ocurre es que el nombramiento expedido a favor de cualquier persona como servidor público, origina derechos subjetivos que de ninguna manera pueden ser violentados por la autoridad nominadora la cual, de encontrar que una designación se había realizado en contraposición de las disposiciones legales debe proceder a incoar el respectivo recurso de lesividad ante la jurisdicción contencioso administrativa, demandando al funcionario designado sin cumplir los requisitos legales, para que éste organismo proceda, luego del trámite pertinente, de ser el caso a declarar la ilegalidad del acto administrativo de nombramiento, como consecuencia de lo cual, desaparecidos los derechos subjetivos del funcionario este dejaría automáticamente, de pertenecer a los funcionarios legislativos. En ejercicio del supremo principio de legalidad que informa a toda la administración pública en el régimen de derecho y más aún en un Estado Social de Derecho como es la condición del Ecuador, conforme expresamente lo señala el Art. 1 de la Constitución, cualquier otro procedimiento que no sea el antes señalado, que es el determinado por la ley para separar un funcionario es un procedimiento arbitrario y en consecuencia la jurisdicción contencioso administrativa, que tiene a su cargo el control de la legalidad estaba en la obligación de declarar ilegal tal procedimiento sin que en consecuencia se pueda de manera alguna sostener que mediante esa declaración se ha violentado la normatividad constitucional.

4) La remoción es una institución jurídica que en nuestro ordenamiento legal se identifica con la destitución, excepto en los casos de funcionarios de libre nombramiento y remoción, los cuales expresamente se hallan determinados en la ley.

Así lo ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia tanto de esta Sala como del fenecido Tribunal de lo Contencioso Administrativo, con jurisdicción nacional, criterio que mereció la ratificación expresa en la resolución, dirimiendo fallos contradictorios adoptada por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo publicada en el Registro Oficial Nro. 901 de 25 de marzo de 1992, en cuyo Art. 1 expresamente señala que "las autoridades administrativas nominadoras se hallan facultadas para remover libremente de sus cargos a los servidores públicos determinados en el literal b) del Art. 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa y a los demás señalados como de libre remoción en la Constitución y leyes de la República", agregando en el Art. 2 que el ejercicio de la mencionada facultad, esto es la remoción, no constituye destitución.

5) En lo que se refiere a la no aplicación del Art. 90 de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, vale la pena señalar que dicha ley en el Art. 1 dispone que: "La presente Ley regula lo relacionado con el Servicio Civil Ecuatoriano, a fin de garantizar la eficiencia de la Administración Pública" (lo resaltado es nuestro) y en el Art. 3 dispone: "Para los efectos de esta Ley no están comprendidos en el Servicio Civil. b) Los funcionarios elegidos o nombrados por el Congreso Nacional que se rigen por leyes especiales...", de donde se concluye de manera evidente que ni el Art. 90 ni ninguno otro de los artículos de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa regulan las relaciones entre el Congreso Nacional y sus servidores. Las Leyes generales para la administración pública son la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y la Ley de Modernización del Estado, en tanto que la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, al igual que la Ley de Carrera Docente y Escalafón del Magisterio Nacional, la ley Orgánica del Servicio Exterior, la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y la Ley Orgánica de la Función Legislativa son leyes especiales, todas las cuales, conforman las leyes que regulan la administración pública. De modo que al no aplicar la norma de la Ley Especial de Servicio Civil y Carrera Administrativa, para resolver una relación de un servidor de la Función Legislativa ni se ha violado la disposición del numeral noveno del Art. 35 de la Constitución ni menos aún se ha ido contra la lógica jurídica, la cual no prevalece frente a norma expresa.

6) En cuanto a la pretendida omisión del numeral segundo del segundo artículo innumerado "Del Consejo Administrativo de la Legislatura" de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que le concede a este órgano administrativo la facultad de "Nombrar y remover a los empleados del Congreso Nacional con sujeción a la Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa", dicha facultad no es ni podría ser arbitraria sino sujeta, conforme expresamente señala su texto a la Ley de Carrera Administrativa de la Función Legislativa. Por más importante que fuere el órgano autor del acto y por amplias que fueren sus atribuciones, el acto será ilegítimo y en consecuencia ilegal si se aparta de lo establecido en la ley. Y consta que el actor era un servidor legislativo permanente, condición que no cambiaba por cualquier falencia en su nombramiento y que como tal servidor legislativo permanente gozará de estabilidad y no podía ser destituido sino por las causas establecidas en la ley. En consecuencia tampoco en la sentencia impugnada se ha pretendido privar de la facultad o potestad de que goza el Consejo Administrativo de la Legislatura.

7) En cuanto al antecedente jurisprudencial no vinculante, al que se refiere el numeral cuarto del acápite IV del escrito de interposición del recurso, cabe señalar que la Corte Suprema de Justicia no calificó ese recurso por no reunir los requisitos exigidos por la ley, por lo que en consecuencia no se puede afirmar que esta Sala ratificó la posición del juzgado de instancia el cual, por otra parte, no estaba obligado a mantener el criterio sostenido en tal fallo.

8) De lo señalado en los numerales anteriores aparece claramente que el recurso propuesto carece de sustentación jurídica; por lo que éste no puede prosperar, y en consecuencia esta Sala no puede entrar a estudiar la sentencia impugnada.

9) Correspondiéndole al juez casacional resolver sobre las falencias de derecho atribuidas a la sentencia en el escrito de interposición del recurso, ningún otro asunto puede tener efecto sobre la resolución que se debe dictar en la causa. Pero no por ello, puede soslayar errores evidentes, que aparecen de la sentencia y que no han sido considerados en el recurso, desde luego, como se dijo antes, sin permitir que tales errores influyan en la decisión de la causa. Uno de estos aparece de bulto en la sentencia del inferior, cuando éste partiendo de una contestación tardía de la autoridad desecha la acción

principal propuesta en este juicio, aduciendo para ello que: "De lo anterior se concluye que el supuesto derecho derivado del silencio administrativo fue resuelto en la misma vía administrativa, quedando por tanto en firme la acción de personal dictada por el Consejo Administrativo de la Legislatura. Consecuentemente, la acción principal planteada por el recurrente resulta inadmisibles", posición doctrinaria esta que es abiertamente contraria a la adoptada por esta Sala de la Corte Suprema, en fallos de triple reiteración que se hallan publicados en la Gaceta Judicial Nro. 15 de la Serie XVI, páginas 4208 a 4212, que en consecuencia son de obligatoria observancia por los Tribunales Distritales, al tenor de lo que dispone el Art. 19 de la Ley de Casación. En dicha jurisprudencia de manera absolutamente clara, la Sala resolvió que: "es incontrovertible y así lo señala la doctrina y la Jurisprudencia universales que el silencio administrativo durante el lapso señalado en la ley cuando esta expresamente le da un efecto positivo, origina un derecho autónomo, que no tiene relación alguna con sus antecedentes, y que en consecuencia, de no ser ejecutado de inmediato por la administración, puede ser base suficiente para iniciar un recurso, no de conocimiento, sino de ejecución, ante la respectiva jurisdicción contencioso administrativa, derecho éste que una vez establecido no sufre menoscabo alguno por cualquier manifestación posterior en contrario de la autoridad administrativa que guardó el silencio que le dio origen". (Juicio AGIP - Ecuador S.A. contra el Ministro de Energía y Minas). Por las consideraciones anteriores, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, se rechaza el recurso de casación interpuesto. En atención a la comunicación Nro. 1947 - DNP de 7 de noviembre del 2000, dirigida por el Director Nacional de Recursos Humanos de la Corte Suprema de Justicia al señor Presidente de esta Sala y de conformidad con lo previsto en el Art. 107 de la Ley Orgánica de la Función Judicial, para intervenir en la presente causa llámase al secretario titular de la Sala de lo Fiscal de esta Corte Suprema de Justicia. Sin costas. Notifíquese, devuélvase y publíquese. f) Drs. Héctor Romero Parducci. José Julio Benítez A. Luis Heredia Moreno.37

## **RECURSO OBJETIVO.-**

VISTOS: Tommaso Nino Salvatore D`ttolico, Gerente General de DURAGAS S.A., **entabla recurso de plena jurisdicción o subjetivo** contra el Ministro de Energía y Minas y el Procurador General del Estado, con sustento a los Arts. 77 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa; 290 del Código de Procedimiento Civil y Décima Quinta Disposición Transitoria de la Constitución Política de la República, señalando como antecedentes:

1. Que en la Primera Sala se sustanció el recurso objetivo o de anulación (según resolución del Pleno de la Corte Suprema, se establece que el Tribunal competente para conocer y resolver el recurso contencioso, lo es también para calificar su clase en virtud de la naturaleza del acto o hecho administrativo que se demande), que culminó con la sentencia que declaró la nulidad del Art. 14 del Acuerdo Ministerial No. 554, publicado en el Registro Oficial No. 779 de 27 de septiembre de 1991 que violaba el Art. 73 de la Ley de Hidrocarburos y negaba su aplicación retroactiva y el Art. 4 del Acuerdo Ministerial No. 472 que fijaba márgenes de utilidad a los distribuidores de los combustibles derivados del petróleo (excepto el Kerex) y los fletes del transporte y que regirán desde la presente fecha, fallo que por no haber casado la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema produjo efecto de cosa juzgada;
2. Que notificada la recepción del proceso y el ejecutorial superior. Conforme al reclamo se oficia al Ministro del ramo para que comunique al Gerente de Petrocomercial la obligación de efectuar aquellas obligaciones previstas en el citado Acuerdo Ministerial 554, desde el 25 de enero de 1991 hasta el 16 de septiembre de 1991, conforme a los Arts. 3 y 4 de Acuerdo Ministerial No. 472 mencionado, y anteriores.
3. Concluye, invocando los Arts. 1, 3, 10 letra a) y 79, apartado segundo de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa **que en sentencia ordene a la administración practique la reliquidación tarifaria y cancele los nuevos valores más los intereses de mora.** Con las contestaciones que dieran los demandados quedó trabada la controversia,
4. Dentro de cuyo ámbito el Tribunal "a quo" debía pronunciarse y, efectivamente, así lo hizo, descartando las excepciones dilatorias como incompetencia, ilegitimidad

de personería pasiva, etc., para concluir, en su parte resolutive, aceptando la acción y condenando a que el Ministro de Energía y Minas disponga que PETROECUADOR proceda en el plazo de 30 días a realizar la reliquidación tarifaria y el pago a DURAGAS S. A. de los valores que le corresponden desde el 25 de enero de 1991 hasta el 1ro. de septiembre del mismo año, conforme lo dispuesto por el Art. 4 del Acuerdo Ministerial No. 472, de 24 de enero del propio año y las demás disposiciones del Acuerdo Ministerial 554 de 17 de septiembre de 1991.

El Ministerio de Energías y Minas, considera en su escrito de fojas 168 que "dicha sentencia está sustentada en una aplicación indebida y errónea interpretación de normas de derecho, y deduce su recurso expresando "lo fundamento en la causal primera del Art. 3 de la Ley de Casación...".

**5. FALLO DE CASACIÓN:** Por concedido el mismo, para resolver, la Sala considera:

**PRIMERO:** Su competencia es inconcusa conforme establece el Art. 126 y 127 de la Constitución Política de la República que modificó a la Corte Suprema de Justicia de Tribunal de Tercera Instancia en Tribunal de Casación que regula su ejercicio.

**SEGUNDO:** El recurso de casación, cuyo fin es unificar criterios en post de una demanda contra la sentencia más no contra la parte en litigio pone fin a los procesos de conocimiento por vicios o errores "in iudicando" o "in procedendo", es por su naturaleza excepcional extraordinario, autónomo, completo y literal. Consecuentemente, "per se" no admite otras causales que las previstas en el Art. 3 de la Ley de la materia. Mas, para que tenga asidero legal, el recurrente debe concretar y singularizar cual de los tres casos contemplados en cada una de las tres primeras causales es el que los invoca esto es: o aplicación indebida (error de selección), o falta de aplicación (error de existencia), o interpretación errónea de las normas de derecho (error de verdadero sentido de la norma). Así, el recurso debe alegar y demostrar que el fallo incurrió en una cualquiera de las modalidades de la violación directa de la norma objetiva, porque de alegarse simultáneamente varias o todas se estaría atentando contra la autonomía de cada uno de los cargos e incurriendo, de consiguiente en manifiesta contradicción.

**TERCERO:** En el caso, "sub iudice" como puntualiza el escrito de fojas 168, el recurso se sustenta en la causal 1ra. del Art. 3 de la Ley de Casación; y, dentro de ella, concretamente en "aplicación indebida y errónea interpretación de normas de derecho", por tanto el recurrente estaba obligado a demostrar que hubo error de selección en la norma aplicable, y que hubo error en otorgar el verdadero y propio

sentido de la norma objetiva; más la diferencia de la que adolece el recurso interpuesto, bastaría para ser rechazado. No obstante, precisa establecer:

a) Que, como antecedente inequívoco al presente juicio precedió el entablado por recurso de anulación u objetivo deducido por Ana Victoria Vanoni Martínez contra el Ministro de Energía y Minas y el Procurador General del Estado como se reseña en los antecedentes de este fallo, y que culminó con la aceptación de la demanda en sentencia que alcanzó la condición de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada porque la Sala de Casación negó el recurso de casación constituyéndose el fallo en inmutable;

b) Que el recurso de anulación u objetivo tiene por fin establecer el estado de legalidad existente hasta la expedición del acto administrativo violador de la norma superior que es la Ley y que por esa causa lesionó el derecho a los particulares. Su pronunciamiento es universal e impersonal, es decir de efecto "erga omnes", no solo "ínter partes". Es el recurso que preserva la vigencia de la Ley, atentada por un acto administrativo de alcance general;

c) Que si bien el recurso de anulación u objetivo en su parte resolutive no podía ni pudo individualizar situaciones jurídicas particulares afectadas, negadas o no reconocidas, permitiendo que dentro del mismo proceso que concluyó con la sentencia se reclame por sus perjuicios, no es menos cierto que, teniendo como antecedente aquel fallo el o los perjudicados con el acto administrativo anulado, puedan deducir acción autónoma mediante el correspondiente recurso subjetivo impugnando el acto negativo tácito de la administración, como ha ocurrido en el caso "sub judice", desestimándose, por lo mismo, que la pretensión del nuevo recurso, objeto del presente juicio, fuese de competencia civil y no de lo contencioso administrativo, puesto que es consustancia el recurso subjetivo, emanante del recurso de anulación u objetivo en el que, a la luz de la técnica jurídica no procede reclamación de derechos singulares o particulares conforme se dejó establecido antes.

Finalmente, carece de asidero legal la norma de derecho civil relativa a la irretroactividad de la Ley, porque en el ámbito especial y preminente de lo Contencioso Administrativo, si una resolución o acto administrativo general viola la norma legal, la sentencia que la reconoce, determina que los derechos individuales o particulares afectados se restablezcan también a partir de la fecha en que fueron negados o no reconocidos precisamente por el ilegal acto de la administración abrogado merced al recurso contencioso administrativo objetivo restablecimiento que de no realizarse en la

cuerda administrativa debe demandarse en la cuerda contenciosa mediante un recurso subjetivo.

Por lo expuesto, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPUBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY, la Sala Especializada de la Corte Suprema de Justicia rechaza el recurso de casación interpuesto y se dispone devolver el proceso al Tribunal "a quo" para los efectos legales consiguientes. Notifíquese y publíquese.

Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 12. Pag. 3232.

(Quito, 29 de mayo de 1998) (38)

## 10. ANEXO

### BIBLIOGRAFÍA

- 1) GARCÍA DE ENTERRÍA et. Al. “Curso de Derecho Administrativo”. Pág 546. Tomo II. Madrid. España. 1.998. P.547-549. Editorial Civitas. Cuarta Edición. Madrid.1.993.
- 2) VICUÑA Angel. “Curso de Derecho Administrativo”. P.35 Inédito. Cuenca. 1.998.
- 3) PONCE M Alejandro. “Curso de Derecho Procesal Ecuatoriano”. P.56. Editorial Pontificia Universidad Católica. Primera Edición. 1.991.
- 4) JARAMILLO O. Herman. “Manual de Derecho Administrativo”. Facultad de Jurisprudencia de Loja. Tercera Edición. 1.992. pp.297-300.
- 5) Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 11. Pag. 2972. (Quito, 27 de marzo de 1.998.
- 6) BIELSA, Rafael.
- 7) RAMÍREZ A, Carlos. “Fundamentos Procesales y Pretensiones Contenciosas-Administrativas”. Editorial Temis. Bogotá-Colombia. 1.983. p.41.
- 8) ESCOLA, Héctor. “Compendio de Derecho Administrativo, p.1225.Volumen II”. Editora Depalma. Reimpresión. Buenos Aires. 1.990.
- 9) [www.ualicante.com](http://www.ualicante.com).
- 10) IBIDEM.
- 11) Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Venezuela. Caracas. 1.999.
- 12) REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. “Diccionario de Real Academia de la Lengua Española”. Pág.45. Madrid, España. 1.956.

- 13) ARA Pinilla, Ignacio. (VER).
- 14) BIELSA, Rafael. “Derecho Administrativo”. Tomo 2. pág. 246. Editorial La Ley. Sexta Edición. Buenos Aires. 1.980.
- 15) PÓLIT, Berenice. “La Acción de Amparo Constitucional”. Pág. 46. Editorial Universidad Andina. Quito. 2.002.
- 16) SILEC PRO V.4. “ La Declaración de los Derechos del Hombre. “. 1.948.
- 17) SILEC PRO V.4. “La Convención Americana sobre Derechos Humanos”.
- 18) PÓLIT, Berenice. “La Acción de Amparo Constitucional”.pág.49. Editorial Universidad Andina. Quito. 2.002.
- 19) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales Control Constitucional. 2.009.
- 20) IBIDEM.
- 21) IBIDEM.
- 22) MORA G, ALFREDO. “Apuntes de Práctica Contencioso Administrativa”. Inédito. 2.004.

- 23) MORALES, Marco. “Derecho Constitucional”. P.100. Editorial Tribunal Constitucional. Quito. 1.999.
- 24) DIEZ, Manuel María. “Derecho Administrativo”. Pag.56. Editorial Bibliográfica OMEBA. Buenos Aires. 1.963.
- 25) LEGUINA V. Jesús. “La Responsabilidad Civil de la Administración Pública”. Editorial Tecnos, Madrid. 1.970.
- 26) Royo Villanova, Antonio . “Elementos de Derecho Administrativo”. Pág. 35. Editorial Temis. Buenos Aires. 1.996.
- 27) CORDERO ORDOÑEZ, Patricio. “Apuntes de Cátedra de Derecho Administrativo”. Inédito. (por Alfredo Mora Guzmán). Cuenca, Ecuador. 2.002.
- 28) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales Control Constitucional. 2.009.
- 29) IBIDEM.
- 30) Constitución Política de la República del Ecuador.
- 31) SILEC PRO V.8. “Ley de Modernización del Estado y Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada”. 1.993.
- 32) El Tribunal Constitucional (Caso 834-98-RA).

33) SILEC PRO V.8. “Ley de Modernización del Estado y Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la iniciativa privada”. 1.993.

34) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales Control Constitucional. 2.009.

35) Constitución Política de la República.1.998.

36) EGUIGUREN P, Francisco. “Los Tribunales Constitucionales en América Latina”. Pág. 76. CIEDLA-Konrad Adenauer Stiftung. Buenos Aires, Argentina. 1.999.

37) Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 5. Página 1484.(Quito, 15 de noviembre de 2000).

38) Gaceta Judicial. Año XCVIII. Serie XVI. No. 12. Pág. 3232. (Quito, 29 de mayo de 1998).

**Nota.-** *Los casos jurisprudenciales tomados de la Gaceta Judicial han sido resumidos y analizados jurídicamente por el Autor de la presente obra respetando el esquema de los respectivos extractos publicados por dicho órgano de difusión.*