

## EL PROYECTO DE CODIFICACION DE LA LEY DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

Dr. Ernesto Velázquez Baquerizo"

- Preámbulo.

Escribir un artículo para rendir homenaje a un maestro del Derecho, jurista y pensador como Edmundo Durán Díaz, constituye una obligación que nos pone en el camino de encontrar aquellos temas que le eran caros a su formación personal, de defensor de los derechos humanos y convencido de que el Derecho constituía la base fundamental para un desarrollo humano, lejos de la arbitrariedad del poder. Ello la razón para ubicarnos en el ámbito del Derecho Administrativo, que en el mundo actual hace viable jurídicamente las garantías y derechos constitucionales por los que vivió y luchó el distinguido profesor objeto de homenaje, cuya ejemplar vivencia nos seguirá guiando aún después de su desaparición física.

- ? El proyecto de codificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

En el H. Congreso Nacional se tramitan dos proyectos relacionados con el Derecho Administrativo: el signado con el número 23-740, ingresado el 17 de septiembre de 2001, iniciativa de la Comisión de Legislación y Codificación, que contiene la propuesta de "Codificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa"; y, el signado con el número 22-633, que auspicia el Presidente de la Corte Suprema de Justicia y que contiene el Proyecto de "Ley Reformatoria al Art. 38 de la Ley de Modernización del Estado y al Art. 6S de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". Mientras el primero se distribuyó a los legisladores, el segundo se encuentra en el orden del día de la legislatura para ser sometido a segundo debate, con posibilidades de aprobarse.

- Aprobación por el ministerio de la ley.

Conforme dispone el Art. 160 de la Constitución, el "Proyecto de Codificación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa"

se encuentra aprobado por el ministerio de la ley. Las razones, si fue remitido a la Presidencia del Congreso con oficio 514-P-CLN-HCN-DR., fechado 17 de septiembre de 2001, con fe de presentación y recepción en la ,Secretaría del Congreso Nacional en iguales día, mes y año, a las 11H50, con número de trámite 14537; el documento que contiene el proyecto fue distribuido a los legisladores con fecha 18 de septiembre de 2001, según aparece en la portada del ,proyecto indicado, es claro que han transcurrido más de treinta días, plazo constitucional para que los Legisladores formulen observaciones, al no haberse producido ninguna la Comisión debe remitirlo al Registro Oficial para su publicación, como en forma imperativa faculta la norma constitucional citada.

Como no se ha producido el hecho señalado en los párrafos anteriores, para efectos del presente análisis, consideraremos la Codificación como un Proyecto de Ley.

? El proyecto de Codificación y sus fuentes.

La vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene 79 artículos y cuatro Disposiciones Transitorias. El Proyecto tiene 93 artículos y una sola Disposición Transitoria.

Las fuentes para la codificación han sido diecinueve leyes de diverso rango. Incluyendo entre ellas, desde la Constitución Política de la República, en actual vigencia; la Ley 035-CL, nombrada "Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", de febrero 28 de 1968, que publicó el Registro Oficial número 338, de marzo 18 de 1968; las posteriores reformas de los gobiernos de facto, contenidas en los Decretos Supremos 1077,891,611 Y 1429, publicados en los Registros Oficiales números: 392, de 17 de septiembre de 1973; 636, de septiembre 11 de 1974; 857, de julio 31 de 1975; y, 337, de mayo 16 de 1977, respectivamente; las resoluciones del Tribunal Contencioso Administrativo publicadas en los Registros Oficiales 722 y 936 de 9 de julio de 1991 y mayo 15 de 1992, respectivamente. La Ley 20, publicada en el Suplemento al Registro Oficial 93 de diciembre 23 de 1992, que contiene las reformas constitucio-

El autor es doctor en jurisprudencia y magister en administración. Fue Ministro Juez del Tribunal Distrital Contencioso Administrativo de Guayaquil y su Presidente en varias ocasiones en el período 1993-1998. Actualmente es Vocal principal del CONESUP y tiene la categoría de Profesor Principal de la Universidad Católica en la Facultad de Jurisprudencia.

nales que crearon los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo; la Ley de Modernización del Estado; la Resolución 5/95, publicada en el Registro Oficial 679, de abril 20 de 1995; la Ley de Arbitraje y Mediación; además de la Ley sin número publicada en el Registro Oficial 47 de octubre 16 de 1996; la Ley 39, publicada en el Registro Oficial (Suplemento) 201, de noviembre de 1997; la resolución de la Corte Suprema de Justicia s/n, publicada en el suplemento al Registro Oficial 213, de noviembre 11 de 1997; la Ley 68, publicada en el Registro Oficial 279, de Marzo 19 de 1998; el Decreto Ejecutivo 1352, publicado en el Registro Oficial 300, de 18 de octubre de 1999; la Ley 2000-1, publicada en el Registro Oficial 144, de agosto 18 de 2000, hasta la Ley 2001-45, publicada en el Registro Oficial 371, de 19 de julio de 2001.

No aparecen citadas entre las fuentes, aunque lo son y deberían agregarse como tales, para que la Codificación pueda ser completa y armónica con el sistema legal vigente: la Ley 27 de Casación, que tiene directa incidencia sobre la jurisdicción contencioso administrativa como Tribunal de única instancia, publicada en el Registro Oficial 192, de Mayo 18 de 1993; la Resolución de la Corte Suprema de Justicia publicada en el Registro Oficial 203, de 12 de mayo de 1993, que aclaró el alcance de la norma contenida en el artículo 4 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para fijar la competencia de los Tribunales Distritales de la Materia, tanto del lugar donde se originó el acto administrativo como en el lugar donde generó efectos; la Resolución de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el registro Oficial 310, de noviembre 5 de 1993, que determinó la jurisdicción de los diferentes Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo del Ecuador, creados por la reforma constitucional de diciembre de 1992; el Decreto Ejecutivo número 1634, publicado en el Registro Oficial 411 de 31 de Marzo de 1994, mediante el cual se dictó el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, que tiene directa relación con la actividad del Contencioso Administrativo; la Ley reformativa de la Ley de Casación, publicada en el Registro Oficial 39, de abril 8 de 1997; y, la Resolución de la Corte Suprema de Justicia, publicada en el Registro Oficial 243 de enero 26 de 1998, que permite al abogado defensor autorizado de un proceso, a presentar el recurso de casación con su sola firma.

Los cuerpos legales citados en el párrafo anterior tienen directa incidencia en el trámite de procesos en la vía contencioso administrativa

y deben incluirse en las normas de la Ley aplicable a aquella, ya que por haber sido dictadas con posterioridad a la Ley de 1968, requieren ser incorporadas en la codificación que actualiza la Ley Y sus reformas; especialmente en tanto vivimos en un sistema jurídico, cuyo ordenamiento determina una consecuencia, coherencia y concordancia que permita armonizar los cuerpos legales que regulan la vida del sistema jurídico constitucional de nuestro Estado.

- Cuestiones jurídico previas.

El Proyecto de Codificación es un aporte valioso de la Comisión de Legislación y Codificación del Congreso Nacional; bastante bien estructurado, actualiza las normas de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, proponiéndose armonizarlas con las reformas constitucionales que originaron la descentralización de la justicia administrativa en Ecuador, a partir de la Ley 20 que en diciembre de 1992 reformó la Constitución de entonces. El esfuerzo ha sido cuidadoso, técnicamente concebido y nos proporciona una importante norma jurídica, que por haber entrado en vigencia por el misterio de la ley, como se indicó antes, debe actualizarse para incluir en ella las nuevas dimensiones de la justicia administrativa, estableciéndose la necesidad de una urgente reforma.

- ¿Es orgánica la Ley?

Una primera cuestión es si la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa tiene o no el carácter de orgánica.

La respuesta se encuentra en su origen. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo nace en la constitución de 1967, constando en el artículo 213 de ella el siguiente texto:

*"Art. 213. - Tribunales 4e lo Contencioso.-, Los Tribunales de lo Contencioso - con sede en Quito y jurisdicción6" en todo el territorio nacional - conocer4" y decidir4n de las cuestiones contencioso administrativas y contencioso tributarias. "*

La indicada Constitución, en su artículo 215 fijaba el ámbito de competencia del Tribunal, por lo que el Congreso Nacional dictó la Ley de/la Jurisdicción Contencioso Administrativa en febrero de 1968, publi-

DR. en el registro Oficial 338 de marzo 18 de 1968, en consecuencia la Ley tiene 33 años de vida, con cuatro reformas logradas en el gobierno de facto de 1974 - 1975 Y algunas reformas indirectas, producto de otras leyes como la de Modernización del Estado en 1993 y la creación de los Tribunales Distritales producida en 1992.

- Origen constitucional

La Constitución vigente, en su artículo 196, establece la facultad de las personas para accionar contra los actos administrativos generados por las Funciones del Estado, lo que se podrá obrar ante los correspondientes órganos de la función Judicial, conforme lo determine la ley, que en el presente caso es la de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

La Constitución de 1967 no tenía clasificadas las leyes, sólo daba una definición de ley, cuando el artículo 144 definía los actos legislativos, expresaba que: ... "Se entiende por ley la norma de carácter obligatorio y permanente que versa sobre materias de interés general".

La Constitución de 1998, vigente a esta fecha, en el artículo 140 define la ley como ... "las normas generalmente obligatorias de interés común ... ", concepto diferente al establecido en el artículo 1 del Código Civil, lo que ubica la definición constitucional en el ámbito de las nuevas corrientes de la doctrina jurídica, siendo además jerárquicamente prevalente por su rango y temporalidad. La actual Norma Fundante, en el artículo 142, establece dos especies de leyes: las orgánicas y las ordinarias. Las leyes orgánicas tienen la facultad de prevalecer sobre las otras que no pueden modificarlas.

Tienen el carácter de orgánicas, según el último artículo invocado: en el número uno las leyes que regulan las funciones del Estado, su régimen seccional autónomo y los organismos del Estado establecidos en la Constitución; y, en el número tres, las que regulan las garantías de los derechos fundamentales y los procedimientos para su **protección**.

La Ley de la Jurisdicción Contenciosos Administrativa se encuentra inmersa en las dos situaciones prevenidas en la norma constitucional citada; está regulando la organización y actividad de uno de los organismos del Estado, parte de la Función Judicial; y, además es la que permite aplicar el derecho garantizado a las personas en el número

veintisiete, del artículo 23 de la Constitución, el derecho al debido proceso. Igualmente posibilita aplicar las garantías constitucionales del artículo 24 de la Carta Magna del Estado Ecuatoriano para asegurar el debido proceso, en especial la contenida en el numeral diecisiete, que textualmente dice:

*"00. 17. Toda persona tendrá derecho a acceder a los órganos judiciales y a obtener de ellos la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, sin que en caso alguno quede en indefensión .....".*

- Relación con los Derechos Humanos.

Esta garantía constitucional realiza las que aparecen en los artículos 8 y 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, que determinan el primero, el derecho de las personas a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley; la segunda, el derecho de las personas a ser oídas públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones, lo que ejercerá en condiciones de plena igualdad. Completada con lo determinado en el número tres, del artículo 2, de la Parte 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que garantiza a las personas poder presentar un recurso efectivo cuando hayan sido violados sus derechos o libertades por quienes actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.

Por todo lo anterior, es claro que la Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por normar el ejercicio de las libertades y derechos fundamentales, regulando la garantía constitucional de tutela judicial efectiva contra los actos administrativos por exceso de poder, como se demuestra con las citas anteriores, tiene el carácter de orgánica y su aprobación, reforma, derogatoria o interpretación, precisa el voto de la mayoría absoluta de los integrantes del Congreso Nacional, como señala el artículo 143 de la Constitución, adicional a ello no puede ser modificada o afectada por otras leyes por tener el imperio de prevalecer sobre ellas.

En el Proyecto de Codificación no se indica nada a este respecto, por lo que la Legislatura deberá establecer la calidad de ley orgánica que

posee la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y así declararlo de manera expresa.

- El Derecho Administrativo y sus principios.

Es pertinente mencionar que el Derecho Administrativo, en la concepción moderna, tal como establece Eduardo García de Enterría, "no es ni el derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el derecho propio de una función, sino un derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común", o como de fine Entrena Cuesta, es "conjunto de normas del Derecho público interno que regulan la organización y actividad de las Administraciones públicas".

En resumen, el Derecho Administrativo moderno se concibe como el Derecho que regula las Administraciones Públicas, las que en Ecuador están constitucionalmente institucionalizadas en el artículo 118 de la Constitución, lo que permite determinar que la Administración Pública del Estado, si bien constituye una sola persona jurídica conceptualmente; para operar, esto es para cumplir sus funciones y ejecutar sus programas, deviene en personas jurídicas varias según la función asignada en la Norma Constitucional o la actividad de servicio que la ley les determine. Por ello, a región seguido la aparece el artículo 119 de la Constitución, que fija el principio de legalidad, al establecer que las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no pueden ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y la ley.

Para efecto de nuestro análisis es preciso determinar que las corrientes contemporáneas del Derecho Administrativo han establecido principios básicos y fundamentales, que son de aplicación en cualquier proceso de reflexión sobre la materia, constituyéndose en leyes científicas que regulan la disciplina jurídica indicada; de entre ellos, los principales que debemos mencionar son:

1. El principio de legitimidad constitucional, que obliga a fundamentar el obrar de la Administración Pública en las normas constitucionales, por ser ellas el origen de la legitimidad en el Estado de Derecho;

- 1..El principio de legalidad, que somete a la ley todos los actos administrativos generados por la potestad pública;
3. El principio de competencia, que determina la división de funciones y establece el alcance de las atribuciones y facultades de la administración al proveer los servicios públicos;
4. El principio de responsabilidad, que señala que no hay funcionario o servidor público exento de responsabilidad; y,
5. El principio de reserva de ley, medio de protección de la arbitrariedad que establece que sólo por ley pueden adoptarse determinadas regulaciones en el ordenamiento jurídico.

Estos principios son los que alimentan la existencia del Estado Social de Derecho Constitucional, que está obligado a sujetarse a la ley y a brindar los servicios con preferente dirección de atender los requerimientos sociales de la población, sus necesidades básicas y buscar el desarrollo humano sustentable y sostenible, que permita la existencia de un Estado democrático participativo, lo que sólo puede producirse con normas y regulaciones jurídicas claras, que estructuren el sistema interdependiente que el Derecho genera; con mayor razón si en este siglo el Estado se concibe como un sistema que brinda servicios a la nación y cuya exclusividad radica en la potestad de dictar normas jurídicas.

- Discrecionalidad o regulación.

El principio de legalidad, invocado antes, delimita la discrecionalidad del ejercicio del poder público por las instituciones, órganos y funcionarios del Estado, no sólo del Gobierno. El fundamento estriba en que, si por principio de sana administración moderna, en el sistema jurídico legal todo funcionario o servidor público ejerce un poder de administración, no es admisible que el Proyecto de Codificación presente como artículo 5 el antiguo artículo 6, de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, conservando en las letras: a), c) y d) la exclusión, a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, de los actos discrecionales de la administración, los actos políticos del Gobierno, los de seguridad nacional interna o externa, así como las resoluciones expedidas por organismos electorales.

Aquí debió, en aplicación de la Norma Constitucional, codificarse con fundamento en que el texto del artículo 196 de la Constitución es general y obligatorio para todas las funciones e instituciones del Estado, cuando 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 de termina la ley".*

El texto constitucional es claro, los actos administrativos de cualquier autoridad, no excluye a autoridad ninguna, deben estar ajustados a las limitaciones de la ley, cumpliendo el principio de legalidad, la Administración sólo puede hacer aquello que está expresamente regulado por ley, en consecuencia no hay paso a actos discrecionales, que en nuestra legislación se toman en actos reglados; con mayor razón si el artículo 95 de nuestra Constitución estableció la acción de amparo constitucional para que las personas puedan accionar contra los actos ilegítimos de autoridad pública, consolidando de esta forma los dos aspectos del derecho, la legitimidad y la legalidad, que ponen freno a la discrecionalidad, convirtiendo toda actuación de autoridad pública en acto regulado o reglado.

Así configura la garantía del debido proceso, con características específicas en el artículo 24 de la Constitución, que para efectos de la Administración Pública, *sm.* ser por ello limitante, en el número trece impone que *"Las resolución de los poderes públicos que afecten a las personas, deberán ser motivarías"*, esta norma invocada no señala excepción para acto administrativo alguno, no admite discrecionalidad en ningún caso o situación; por lo contrario, para dejar fijados los alcances de la disposición, imperativamente se pronuncia al decir: "No habrá tal motivación si en la resolución no se enuncien normas o principios jurídicos en que se haya fundado, y si no se explicare la pertenencia de su aplicación a los antecedentes de hecho".

La claridad meridiana del \texto no se presta a interpretación alguna, es la confirmación de que en nuestro derecho no hay autoridad que pueda obrar discrecionalmente, en ningún caso, por ello luego genera las responsabilidades y el artículo 120 de la Constitución establece que no hay dignatario, autoridad, funcionario ni servidor público exento de responsabilidad por sus actos al ejercer sus funciones, no exonera a los militares, legisladores u otros funcionarios políticos o electorales del régimen de administración pública, sólo les prohíbe intervenir en los casos en que sus intereses entren en coacto con los del organismo o enti-

dad a los que presten sus servicios, como señala el texto del artículo 123 de la Constitución.

Todo lo anterior configura un marco que impone, por respeto a la Constitución, que se eliminen del texto del artículo 5 del Proyecto de Codificación las letras "a)", "c)" y "d)", para dar paso al ejercicio del control revisor de los actos de la administración, con la tutela judicial efectiva que ejerce la Función Judicial.

Nuestra argumentación se consolida cuando la armonizamos con otros textos legales, como la Ley de Personal de la Función Legislativa, en ella los legisladores establecieron para los servidores del Congreso la facultad de impugnar por la vía judicial del contencioso administrativo los actos administrativos que los afecten. De igual manera, la Ley del Consejo Nacional de la Judicatura, órgano de administración y gobierno de la Función Judicial, faculta a los servidores judiciales a impugnar los actos administrativos que los afecten; lo que deben hacer ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Con estas normas, tanto los legisladores como la propia Función Judicial, han aceptado que no existe la discrecionalidad, ni están exentos del control de legalidad.

Para finalizar este asunto citare al profesor español GARDA de Enterría, quien en su obra "Democracia, jueces y control de la Administración" (Editorial Civitas, pág. 143) expresa: *"En definitiva, un control judicial de la discrecionalidad, y en particular el, que abre -y obliga- el principio constitucional de la interdicción de la arbitrariedad, ni es abrir la posibilidad a una libre estimación alternativa por, los liteces a las estimaciones discrecionales que en virtud de la Ley corresponde legítimamente hacer a la Administración,' ni supone un desconocimiento de la función política que dentro del conjunto constitucional de poderes' corresponde a ésta. Es, sencillamente, hacer efectiva la regla no menos constitucional de la vinculación de la Administración a la Ley y al Derecho concepto este último que por si sólo remite a los principios generales -, il(s) como la de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, principios ambos que sólo como principios laterales del Derecho, en sentido rigurosamente técnico, pueden, actuar: Y ser hechos valer por los Tribunales de Justicia. Estos no suplantán,' pues, a través de ese control, la función propia de los organismos políticos y administrativos, sino que, tienden a que la actuación de estos se mueva" en el espacio preciso en 'que la Constitución les ha situado:*

*dentro del espacio delimitado por la ley y el derecho". (los subrayados son de quien escribe este artículo).*

El texto anterior nos revela de otro comentario y nos sitúa en el marco que describimos antes y que posibilita el que se elimine la parte del artículo 5 de la Codificación, como se ha establecido antes. Tanto más, se afirma nuestro criterio, con el de la propia Comisión de Legislación y Codificación del Congreso, cuyo Proyecto de Codificación elimina el artículo 7 de la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en el que legitimaba la discrecionalidad, lo que hace amparada en la norma Constitucional del artículo 196 de la Constitución Política.

? De la organización de los Tribunales Distritales y su competencia.

El libro "La nueva justicia administrativa: diagnóstico de derecho administrativo y fiscal en el Ecuador", que publiqué en 1995; así como en el artículo "La Justicia administrativa en la reforma constitucional", que escribí en 1993, en la Revista Jurídica número 8, de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Católica Guayaquil, exponen mis puntos de vista con relación a la historia y la creación de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, con los que se descentralizó la justicia administrativa como resultado de la reforma constitucional de 1992, que reguló, mediante la Ley 20, a la Función Judicial, creando en las Disposiciones Transitorias, de la citada reforma, los Tribunales Distritales.

El Proyecto de Codificación, materia de estos comentarios, en su capítulo 11 regulariza la existencia de los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo, ubicándolos en el ordenamiento legal e integrándolos en el sistema judicial, como parte de la Función Judicial; el propósito es actualizar y armonizar las disposiciones que regulan su vida administrativa institucional, en aplicación de lo que fijaron las normas transitorias de la Ley 20, de reforma constitucional, en la décima, decimoquinto y decimosexta disposiciones transitorias de la Constitución, de esta manera la Comisión Legislativa termina con el más largo régimen transitorio de la historia constitucional, que tenía más de nueve años de vigencia.

En el Proyecto de Codificación, en el texto del artículo 9 se hace necesario una reforma que, determine como requisito previo para ser de-

signado Ministro del Tribunal Distrital, el tener experiencia previa en el área del Derecho Administrativo, pues por ser esta una Magistratura especializada precisa conocimientos en la materia. Debió también determinarse en el artículo 7, para armonizarlo con el artículo 9 del Proyecto, que el Tribunal Distrital es de única instancia y que de sus sentencias y fallos sólo se puede recurrir en casación.

Al fijar la competencia de los Tribunales Distritales, en el artículo 9 del Proyecto, se determinan las atribuciones y deberes jurisdiccionales copiando las del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción vigente, con las modificaciones que al texto original le agregó la Ley para la Promoción de la inversión y la participación ciudadana (Trole 11). El texto que se ha elaborado en alternativa no aclara el sentido de la norma, se presta a confusión, generando limitaciones que el texto original no tiene y que no están prevenidas en la norma constitucional que estableció el recurso contencioso administrativo.

El Proyecto de Codificación recoge, en las letras "a)" y "b)" del artículo 9, la competencia del Tribunal Distrital para conocer y resolver, en el primer caso "de todas las demandas y recursos derivados de los actos, contratos, efectos jurídicos y económicos de hechos administrativos, y de reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las instituciones del Estado"; en el segundo literal textualmente se copia lo que dice la letra "a)", del artículo 10, de la Ley vigente: conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y soluciones de las instituciones del Estado o de las personas jurídicas semi-públicas y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad" .

De los textos antes citados, se podría interpretar que el Proyecto de Codificación desdobra la competencia de los Tribunales Distritales según la especie de recurso propuesto, si es subjetivo u objetivo. Que para el primero, contenido en la letra "a" del artículo 9, sólo puede el Tribunal Distrital que conoce una causa, resolver sobre los "efectos jurídicos y económicos de hechos administrativos", poniendo el texto indicado una limitación que no había en la Constitución ni en la Ley, facultad de obrar del administrado que caduca si no se acciona dentro del término de noventa días, además de marginar la valoración de los efectos sociales del hecho administrativo, desconociendo que el derecho es un hecho social, que no puede dejar de considerarse al resolver la litis planteada; y, más aún, cuando no puede aplicarse, según el texto comentado", tal análisis y valoración a los actos, contratos y reglamentos .

Se ha producido así-un discrimen que la Constitución no establece y la doctrina no admite, ya que en el recurso subjetivo o de plena jurisdicción el Tribunal tiene facultad para fijar, a petición de parte,-la indemnización de perjuicios, que parece ser la razón de inducir al texto erróneo y oscuro, materia de nuestro comentario.

Si no se establece claridad en el texto de la letra "a", menos aún ocurre con la letra "b", cuyo texto si bien contendría el recurso objetivo, contribuye a confundirnos más, puesto que con él se faculta al Tribunal para actuar en los casos de impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de las administraciones públicas, cuando ellos son violatorios del principio de legalidad, al no aparecer un texto como el segundo párrafo de la letra "a", se interpretaría que se atribuye al Tribunal Distrital para obrar de oficio en estos casos, lo que constituye una novedad porque esta competencia no existía en la Ley anterior, que sólo permitía actuar al Tribunal sobre la base de demanda propuesta por el accionante que impugnaba el acto, reglamento o resolución de la Administración.

- Servidores públicos.

Los casos previstos en las letras "d" y "e", relativos a la facultad de conocer y resolver asuntos relativos a la carrera administrativa, en el primer caso actuando como organismo de apelación de las resoluciones de la Junta de Reclamaciones; y, en el segundo de las violaciones para quienes no fueren servidores de carrera, debió actualizarse al tenor de lo que dispone el final del segundo párrafo del artículo 124 de la Constitución, que señala que "Solo por excepción, los servidores públicos estarán sujetos a un régimen de libre nombramiento y remoción"; este precepto constitucional determina que a esta fecha no haya servidores públicos que no sean de carrera, más la limitante de que los servidores indicados deban iniciar su reclamación ante la Junta de Reclamaciones, que funciona tarde, mal o nunca, se ha tomado en una limitación que afecta el derecho de impugnar los actos que afectan a los servidores públicos, por lo que en razón de ser la norma de la Ley de Servicio Civil y Carrera Administrativa, anterior a la actual Constitución, se debió señalar que el Tribunal Distrital está facultado a conocer de las impugnaciones que hagan los servidores públicos a los actos o resoluciones que lesionen sus derechos y violen el principio de legalidad, así como sus garantías constitucionales de debido proceso y resolución motivada.

De esta manera se actualizada el texto legal y se protegería al servidor público de la discrecionalidad ilegal con que se lo afecta por parte de los funcionarios de mayor jerarquía o de la autoridad nominadora, atentando contra el principio de tecnificación y reglamentación de servicio público y la carrera administrativa.

- Proyecto paralelo.

El Proyecto de Codificación, en aplicación de lo contenido en el artículo 16 de la Ley para la Promoción de la inversión y de la participación ciudadana, reintegra al Tribunal, en forma clara e irrefragable, la facultad de conocer y resolver sobre las divergencias contractuales, en los casos de contratación pública.

Esta facultad fue confiada a la competencia de los Tribunales Distritales, en el texto original del artículo 38, de la Ley de Modernización del Estado, que amplió las atribuciones jurisdiccionales de los Tribunales Distritales para que conozcan de las controversias y asuntos relacionados con los contratos celebrados por la Administración Pública; posteriormente fue suspendida definitivamente, mediante reforma introducida con la Ley 77, publicada en el Registro Oficial 290, de abril 3 de 1998, que trasladó esta atribución a los jueces civiles y a las Cortes Superiores de cada distrito judicial, fijando la competencia en materia de casación en la Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia.

Con la Ley para la Promoción de la inversión, expedida por Decreto Ley 2000-1, en agosto de 2000, en el artículo 16 se sustituyó el artículo 38 de la Ley de Modernización y se restituyó la competencia de los Tribunales Distritales para que conozcan los asuntos de contratación pública.

Lamentablemente, con oportunidad de la reforma citada antes, se eliminó la asignación de competencia territorial de los Tribunales Distritales del domicilio del administrado para conocer de las demandas que propusiera contra las administraciones públicas. Produciendo esta situación una reversión en el proceso de descentralización de la justicia administrativa, esto es que las demandas debieran continuar sustanciándose en el Tribunal Distrital de Quito, cuando las administraciones públicas contra las que se accionaba eran parte de la Administración Central del Gobierno o de entidades autónomas.

El problema tenía una medida legal aplicable para solucionarlo es la Resolución de la Cortf: Suprema de Justicia, expedida el 12 de mayo de 1993, con carácter de norma obligatoria hasta que no se dicte una ley que la deroge o modifique, publicada en el Registro Oficial 203, de junio 3 de 1993, cuyo artículo segundo determina que para conocer de las demandas en la vía contencioso administrativa, es también competente el Tribunal Distrital del lugar en donde ha generado efecto el reglamento, acto o resolución de la Administración, esto es el domicilio del administrado.

No obstante lo anterior, para afirmar la competencia territorial de los Tribunales Distritales, que a la fecha se encuentra afectada con la derogatoria del artículo 38, en el texto original, de la Ley de Modernización, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia ha presentado un Proyecto de Ley reformativo del artículo 38, tantas veces citado con anterioridad, mediante el cual se restablece la competencia del Tribunal Distrital del domicilio del administrado para obedecer de las demandas que accione contra la Administración Pública. proyecto está listo para pasar el segundo debate y al momento de escribir este artículo ya ha conestado en varias ocasiones en el orden del día del Congreso Nacional, que terminará aceptando reformar la ley, con el texto propuesto, que cuenta con informe favorable de la Comisión Legislativa correspondiente.

El Proyecto paralelo al de Codificación de la Ley, materia de nuestro comentario en el párrafo anterior, contiene además una propuesta de reforma al artículo 65 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, para proponer que en los casos del recurso contencioso de anulación u objetivo la presentación de la demanda se limite a proponerla en el plazo de tres años, luego de lo cual el efecto de caducidad no permitiría acción el recurso objetivo.

El Proyecto de la Corte Suprema de Justicia, fundamenta la caducidad para el recurso objetivo en la garantía constitucional de seguridad jurídica.

Esta reforma propuesta es ajena a la realidad doctrinal e histórica del Derecho Administrativo, que busca eliminar la discrecionalidad y brindar protección jurídica a los administrados con la capacidad revisora de los actos de la Administración, en aplicación del principio de

tutela judicial efectiva. El recurso objetivo o de nulidad, se produce para accionar contra una violación a la ley, producida por el obrar de los funcionarios o servidores públicos, o de los altos dignatarios del Gobierno, fijar un plazo para que caduque la facultad del administrado de accionar contra una violación legal producida por tales autoridades o servidores públicos, dejaría como precedente que por el transcurso del tiempo la violación de la ley se toma en legal, que si existe una violación a la ley esta queda saneada Por que no se accionó contra ella, contraviene esta propuesta el precepto final del artículo 192 de la Constitución que en forma taxativa impone: *"No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades"*, de tal manera que por no haberse accionado no se puede legalizar lo ilegal, ni es admisible en Derecho tornar en legal lo ilegal sólo porque no se impugnó oportunamente, eso sería consagrar el principio de la ilegalidad antes que el de legalidad, en que se sustenta el Estado de Derecho.

Sobre este asunto, en el libro "La Nueva Justicia Administrativa en Ecuador" (pág.65) dejé sentado que "en una sociedad democrática no puede ampararse el exceso de poder, por ello el establecimiento de este recurso (el objetivo) es la base para el imperio de la legalidad. Fundado en este razonamiento el Art. 65 de la Ley de la Jurisdicción no fija caducidad para ejercer esta acción y expresamente señala que contra ella no puede aceptarse la excepción de prescripción, porque la ley no prescribe y el derecho violentado debe restituirse, sancionando una conducta contraria a derecho con el efecto jurídico de la nulidad que este recurso produce".

De tal manera que proponer la reforma al artículo 65 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no sólo que resulta inconstitucional, violentando lo determinado en el artículo 192 de la Constitución, como ya se expuso y analizó, sino que desconoce los artículos de la Carta Magna números 16, 18 Y 19, determinan el accionar contra las violaciones a la legalidad como uno de los derechos fundamentales del ser humano, que no puede ser negado por el Estado, ya que se tornaría en un punto negativo para el índice de libertad humana, que anualmente establece Naciones Unidas en cada país.

En el Proyecto de Codificación el actual artículo 65 es idéntico como artículo 81 y contribuye positivamente a determinar la fecha en que se inicia el decurso del término para la caducidad de accionar el recurso subjetivo, esto es impugnar un acto que causa daño personal Y no



general o afectación social, como en el caso del recurso objetivo. La forma de contar el plazo legal, para los casos de impugnar contratos y hechos administrativos, es un aporte positivo de la Comisión de Legislación, que con sus textos no altera los principios del Derecho Administrativo ni la jurisprudencia en la materia.

- El procedimiento en la vía contencioso administrativa.

El Capítulo Cuarto del Proyecto de Codificación regula el procedimiento de los juicios que en la vía contencioso administrativa deba sustanciarse.

Los ajustes que se han hecho en este Capítulo,. Si bien actualizan las normas no han propuesto los cambios que permitan una mayor agilidad, así como incorporar el sistema oral en el procedimiento, como ordena el artículo 194 de la Constitución.

No se ha incorporado en el trámite de los procesos de impugnación a resoluciones de la Superintendencia de Bancos o de otras autoridades del sistema financiero, la norma reformada del artículo 150 de la Ley General del Sistema de Instituciones Financieras, que impone el plazo legal al Tribunal Distrital de sustanciar el procedimiento en el término máximo de hasta el triple del tiempo señalado en la Ley, bajo pena de destitución de los Magistrados que no cumplieren con ello.

Hasta que se dicte la Ley de Procedimiento administrativo único, se hace necesaria una reforma que incluya, en la Ley de la Jurisdicción, los principios y regulaciones básicas para los tramites de la Administración Pública, de tal manera que establezca parámetros que permitan a los magistrados valorar los procedimientos que constituyen los limites del obrar de las administraciones públicas.

También es procedente que se incluya en esta Codificación las reformas a la Ley Orgánica de la Función Judicial, para en acatamiento de lo que disponía la norma constitucional que creó los Tribunales Distritales, incorporar las regulaciones que incluyan, en la vigente Ley Orgánica antes citada, una sección para los Tribunales Distritales, así como se agregue en las Funciones del Pleno de la Corte Suprema de Justicia, las facultades de crear Tribunales y asignarles competencia, tal como ordena la norma constitucional que dio vida a los Tribunales.

Mucho se podría continuar analizando con relación a la codificación propuesta, pero en su mayoría son temas que merecen una reforma legal que actualice la actual ley y su concepción en materia de Derecho Administrativo, ya que el crecimiento del Estado y de sus administraciones públicas está produciendo actos y hechos, situaciones jurídicas en general, que precisan definir algunos temas como por ejemplo las causas de inadmisibilidad; el poder de sustitución en la ejecución de sentencias condenatorias de la Administración; el alcance de las potestades administrativas y la eficacia y puesta en aplicación de la tutela judicial efectiva, como mecanismo revisor de las resoluciones y actos de la Administración.

Es fundamental entender que en la estructura jurídica del Estado social de Derecho Constitucional, constituido sobre bases de una democracia participativa, no se admite el exceso de poder y somete la Administración a la Ley. La base de una eficaz tutela judicial efectiva no admite excepción, ya que la vía contenciosa administrativa es en sí una vía excepcional, en ella el administrado y la Administración comparecen en igualdad de condiciones, no existe privilegio o fuero en beneficio de uno u otro, al regir el principio de igualdad ante la Ley no se puede admitir la prevalencia del interés del Gobierno o de la Administración, porque no es posible admitir que se pretenda menoscabar o afectar derechos fundamentales de la persona humana en interés privilegiado del Gobierno o de la Administración.

Ojala con esta Codificación se abra el horizonte de debate en el campo del Derecho Administrativo y su aplicación en el sistema jurídico legal del Ecuador, para que ingresemos a la seriedad de un Estado sujeto a la ley y respetuoso de los derechos y garantías individuales, porque en el siglo XXI la esencia de la paz y la justicia, está fraguada en la decisión de las mayorías sin lesionar el derecho de las minorías, así se está construyendo el nuevo paradigma jurídico para el milenio que comenzamos.