

EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL CÓDIGO ORGÁNICO GENERAL DE PROCESOS (COGEP) ADMINISTRATIVE LITIGATION PROCEDURE IN THE GENERAL PROCESS ORGANIC CODE

*Juan Carlos Benalcazar Guerrón**

Resumen: El objetivo principal de este trabajo es observar las innovaciones que plantea el COGEP en el proceso contencioso administrativo y detectar las deficiencias que se mantienen de la legislación anterior.

Para tales efectos, la metodología que se utilizará, fundamentalmente, consiste en comparar la actual regulación con la que constaba en la anterior Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y destacar las novedades y los aspectos valiosos o negativos del COGEP.

Este artículo se desarrolla en varias partes que abordan las distintas problemáticas que plantea la regulación del COGEP, a saber, la posibilidad de la regulación del proceso contencioso administrativo en un código general y la conveniencia de la oralidad. A continuación, se realizará un análisis crítico de la regulación del proceso que presenta la nueva normativa.

Como demostraremos luego de la exposición que se realizará, consideramos que la oralidad es posible en el proceso contencioso administrativo, pero el COGEP muestra una grave deficiencia porque no supera los viejos dogmas y trabas que contenía la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Palabras clave: oralidad, especialidad procesal, administración pública, proceso contra el Estado, administrado

* Abogado y Doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Magíster en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar; Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha sido profesor de Derecho Administrativo y Derecho Tributario en grado y postgrado en la Universidad Internacional SEK, en la Universidad de Los Hemisferios, en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, en la Universidad Nacional Autónoma de México y en la Universidad Andina Simón Bolívar (2007-2012). jbenalcazar@sbsabogados.com

El presente trabajo fue presentado dentro del I Congreso de Derecho & Humanidades en homenaje a Juan Larrea Holguín, realizado del 30 de junio al 2 de julio de 2016. Para publicarse siguió el proceso ordinario de la Revista con revisión de pares con doble ciego.

Abstract: *The main objective of this work is to observe the innovations posed by the COGEP in the administrative contentious process and to detect the deficiencies that remain of the previous legislation.*

For these purposes, the methodology that will be used, fundamentally, is to compare the current regulation with that contained in the previous Law of Contentious Administrative Jurisdiction and to highlight the novelties and the valuable or negative aspects of COGEP.

This article is developed in several parts that deal with the different problems posed by the COGEP regulation, namely the possibility of regulating the administrative contentious process in a general code and the convenience of orality. Next, a critical analysis of the regulation of the process presented by the new regulations will be carried out.

As we will show after the presentation to be made, we consider that orality is possible in the administrative contentious process, but the COGEP shows a serious deficiency because it does not overcome the old dogmas and obstacles that contained the repealed Law of Administrative Jurisdiction.

Keywords: *Orality, Procedural Specialty, Public Administration, Process Against the State, Administered*

Sumario. *I. Introducción. II. Sobre el carácter especial del proceso contencioso administrativo y su regulación en un código general. III. Sobre la oralidad en el proceso contencioso administrativo. IV. Comentarios sobre la regulación del proceso contencioso administrativo en el COGEP. V. Conclusiones. Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El COGEP constituye una de las innovaciones más importantes que ha tenido la legislación ecuatoriana en décadas. Responde a las exigencias de una justicia técnica, rápida y expedita, de la cual ha carecido el Ecuador desde hace mucho tiempo y que ha sido cómplice de muchas desviaciones y menoscabos.

La más interesante novedad que trae es la oralidad, que en el específico caso de los procesos contencioso-administrativo y tributario, conlleva varias discusiones y discrepancias de gran interés. No obstante, la normativa de dicho código conserva varias categorías y conceptos que han sido objeto de severas críticas por parte de la doctrina.

Aquí realizaremos un análisis sobre la posibilidad de implementar la oralidad en los procesos contencioso-administrativo y tributario, además de plantear las observaciones y críticas respecto de algunas disposiciones del COGEP en el ámbito de dichos procesos.

II. SOBRE EL CARÁCTER ESPECIAL DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Y SU REGULACIÓN EN UN CÓDIGO GENERAL

El art. 1 del COGEP pone de manifiesto la pretensión del legislador de establecer una regulación aplicable a todo tipo de procesos, salvo a los penales, constitucionales y electorales. Este propósito, no obstante, merece algunos reparos, sobre todo, en consideración la especialidad y características que tienen los juicios contencioso-administrativo y tributario.

En primer término, a diferencia de lo que ocurre en otras materias, dichos procesos tienen como una de las partes a una *autoridad, órgano o persona pública*, lo cual presenta varias implicaciones de gran importancia y de necesaria atención, habida cuenta que esa parte ejerce el *poder público*. Tal vez la más relevante, es la necesidad de lograr una igualdad procesal con la otra parte, con el administrado, sobre todo, para lograr la justicia y la correcta aplicación del derecho. Resulta evidente que no es igual el litigio que se entabla entre particulares, que aquel en el que está presente la administración pública.

La doctrina y la práctica profesional demuestran que el principio de igualdad de partes, o bien es muy arduo de cumplir, o bien simplemente quiebra en los procesos contencioso-administrativos y tributarios. Como dice Jesús González Pérez:

«Es un hecho incuestionable que la administración no aparece ante el juez como una parte procesal en régimen de igualdad con el particular que con ella se enfrenta. La administración pública ni ante el juez deja de ser un sujeto privilegiado, que goza de una serie de prerrogativas de hecho, en pugna abierta con la justicia. Se ha llegado a hablar de la institucionalidad inferior del particular frente a la administración» (1985, p. 112).

Más adelante, el mismo autor agrega:

«La administración pública aparece siempre —y, por supuesto, aparece ante el juez— como sujeto titular del interés público y altruista frente a los intereses particulares y egoístas del administrado, actuando imparcialmente para satisfacer ese interés público frente a la actuación parcial del particular en defensa de los suyos, con actos investidos de presunción de legitimidad y, por tanto, ejecutorios. De aquí que si siempre es mala posición procesal la de actuar contra el hecho consumado, en definitiva esta es la actitud que adopta siempre el particular frente al acto administrativo, que, precisamente por aquellas características, suele estar ejecutado al momento en que se somete a revisión jurisdiccional» (1985, p. 113).

Aquella idea de que la administración pública, la autoridad, es quien promueve y garantiza el interés general —además de encerrar cierta dosis de ingenuidad, pues lamentablemente hay muchos casos que lo desmienten—

parece que funciona como exquisita excusa para cualquier atropello, o también, como justificativo del sacrificio de los particulares, por más cuestionable que alguno sea.

La verdad es que aquello del “interés general” es una idea nebulosa que aparece como una suerte de “coartada institucionalizada” para defender a ultranza cualquier actuación de la autoridad administrativa. De igual manera, ese supuesto “interés general” muchas veces se confunde con las aspiraciones del gobierno de turno o de algunos funcionarios de las altas esferas burocráticas, en donde hay de sobra elementos que difícilmente admiten que se les llame “generales” (Benalcázar, 2007, p. 20).

Es verdad incuestionable que la autoridad pública tiene como función dirigir a la sociedad al bien común y que ello puede exigir, en estricta justicia, esfuerzos y renunciaciones de parte de los particulares. Muy distinto es que a guisa de “interés general” se trate de disculpar la inmolación de los derechos de éstos. Debe tenerse presente que el más caro de los principios del Estado de Derecho es la subordinación de la autoridad pública al orden jurídico y el respeto y tutela de las personas, y en este sentido, bien puede decirse, tanto desde el punto de vista filosófico, como desde la perspectiva del derecho positivo, que los derechos de las personas también son parte del genuino interés general, como claramente se deduce del art 3.1 y 11.9 de la Constitución ecuatoriana¹.

En efecto, la persona es la causa eficiente y material de la sociedad política. Si el Estado se conforma de seres humanos —que son la materia de la cual se hace al tiempo que el principio que lo origina, pues la sociabilidad brota de la propia naturaleza del hombre—, este no puede atentar contra el mismo principio de su existencia. Así, el respeto de los derechos y la observancia de la moral, cuyos principios y reglas se deducen de la misma naturaleza humana y de su bien, son las primeras normas del obrar estatal. Los derechos subjetivos limitan el poder del Estado, pues significan aquellos medios indispensables para que la persona pueda lograr, por su propia labor, su perfección integral; al tiempo que traducen la libertad y autonomía propias del ser humano (cfr. Tobar Donoso, 1981, pp. 300-301).

¹ Las normas constitucionales citadas dicen lo siguiente: «Son deberes primordiales del Estado: (...) 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes» (art. 3). Y «el ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: (...) 9. El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución» (art. 11).

Por otra parte, el bien común, la causa final del Estado, tiene su fundamento en las necesidades y aspiraciones humanas. No se trata, a ultranza, de lo conveniente al todo estatal, al aparato político, a las conveniencias de los gobernantes o a sus opiniones.

«El fin de la sociedad es el bien de la comunidad, el bien del cuerpo social. Pero si no se comprende bien que este bien del cuerpo social es un bien común de *personas humanas*, como el mismo cuerpo social es un todo de personas humanas, esta fórmula llevaría, por su lado, a otros errores de tipo totalitario. El bien común de la ciudad no es ni la simple colección de bienes privados, ni el bien propio de un todo que (como la especie, por ejemplo, respecto de los individuos, o como la colmena para con las abejas) sólo beneficia a ese todo sacrificándole las partes. Ese bien común es la conveniente vida *humana* de la multitud, de una multitud de personas; su comunicación en el bien vivir. Es pues, común *al todo y a las partes*, sobre las cuales se difunde y que con él deben beneficiarse» (Maritain, 1968, p. 57).

El fin del Estado, además, se limita al ámbito de lo público y de lo temporal, es decir, no le competen los fines privados de las personas, sus decisiones individuales, ni lo que es trascendente a la vida terrena (Tobar Donoso, 1981, p. 300).

En lo que interesa especialmente a este estudio, la existencia de límites objetivos del obrar del Estado, dados por su composición y su fin, determinan el derecho al que está sujeto y del que no puede apartarse sin renunciar a su ley constitutiva y esencial. Derecho que, tanto en su fondo como en su forma, no es el que rige las relaciones interindividuales, sino el derecho propio del cuerpo y de la institución estatal, es decir, el Derecho Público o Político (Cfr. Dabin, 2003, pp. 135-136).

Ahora bien, de la subordinación al derecho —la existencia de reglas de conducta para la autoridad pública— y de la necesidad de respetar y promover los derechos de las personas, surge como consecuencia necesaria el *principio de responsabilidad pública*, que constituye, ante todo en aquella aptitud de dar cuenta de las acciones u omisiones, pues el Estado se somete a las normas y tiene obligaciones jurídicas respecto de las personas. Como dice Mons. Juan Larrea Holguín,

«Responsable es el que tiene que (...) dar cuenta de su comportamiento: de sus acciones y omisiones.

Se responde, en Derecho, cuando un sujeto es imputable y existe alguna causa de imputabilidad. Ser imputable, a su vez, significa ser sujeto al cual se puede atribuir las consecuencias jurídicas de una acción u omisión» (Larrea Holguín, 1985, p. 298).

La responsabilidad pública se manifiesta *en la posibilidad de una valoración y evaluación jurídica de los resultados de la acción estatal y en la*

cualidad que permite que el Estado asuma las consecuencias de su obrar, toda vez que una persona sufra un daño o perjuicio en cualquiera de sus derechos por causa de dicha acción. Como tal, la responsabilidad jurídica pública no se limita al ámbito patrimonial, ni se traduce exclusivamente en una técnica indemnizatoria², sino que mucho más aún, es *presupuesto de todas las instituciones de garantía*, a saber, acción de protección, proceso contencioso administrativo, recursos y reclamaciones administrativas, sistema de defensoría del pueblo, en suma, en todo lo que abarca la denominada justicia administrativa.

La responsabilidad del Estado, dada la naturaleza misma del ente a la cual se aplica y la de su actividad, *se sujeta a las normas y principios del derecho público.* Como indica Agustín Gordillo:

«Se llama, todavía, “responsabilidad civil del Estado”. Pero ello es un eufemismo, porque ni se trata de la clásica “responsabilidad” del derecho privado, ni es tampoco “civil” en el sentido de regirse por las normas de dicho Código. Estas normas son invocadas, pero con una constante modificación en atención a los principios del derecho público, lo que hace ya inexacto hablar, en rigor, de “responsabilidad civil”. A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria. Esto es, en una indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la acción estatal» (Gordillo, 1998, p. XVII-23).

La presencia de la administración pública como parte en el proceso contencioso administrativo plantea la exigencia de *especiales garantías de independencia de los jueces.* Explica Rafael Oyarte, que el principio de independencia jurisdiccional es algo que, en la actualidad, ocupa un lugar común en las constituciones y que significa la proscripción de interferencias extrañas en la labor de administrar justicia, de tal modo que los jueces resuelvan las causas sometidas a su conocimiento con un criterio puramente jurídico, sin contaminación política alguna (cfr. Oyarte, 2016, pp. 229-231).

Entendida de este modo la independencia jurisdiccional, la observancia de este principio tiene una trascendental importancia en el proceso contencioso administrativo y tributario, pues la administración pública —que en la mayoría de los casos es parte demandada en dichos procesos— ejerce autoridad y poder público, a diferencia de lo que ocurre con los administrados. La quiebra

² En los textos de derecho administrativo, al tratar sobre el tema de la responsabilidad pública, es frecuente referirse exclusivamente a un régimen jurídico y técnica que se diseña en torno al derecho de indemnización del ciudadano por acto u omisión de la autoridad pública. Pero como ponemos de manifiesto, la responsabilidad pública no se limita a dicho régimen jurídico o técnica, sino que constituye, en un sentido más amplio, un principio del Estado de Derecho, derivado de la subordinación a la juridicidad y la existencia de derechos subjetivos, que se traduce, en términos generales, en la posibilidad de valorar jurídicamente la actuación estatal.

del principio de independencia por abuso o presión política es capaz de anular totalmente el sistema de tutela y de control que implican dichos procesos y el resultado será la *impunidad* de la autoridad administrativa y la consolidación de sus actuaciones ilícitas.

La independencia jurisdiccional es condición indispensable para que los procesos contenciosos administrativos y tributarios cumplan su función, pero además, para tengan realización práctica los principios de subordinación al derecho, de responsabilidad pública y de respeto a los derechos de los particulares.

Los procesos contencioso-administrativo y tributario, en efecto, tienen la particularidad de *trascender al interés particular y alcanzar a los intereses colectivos*, pues además de proteger los derechos de los administrados y contribuyentes, dichos procesos son un mecanismo que permite hacer cumplir los postulados del Estado de Derecho y de lograr que la autoridad administrativa, a pesar de ostentar del poder público, se someta a la racionalidad y a la juridicidad. Evidentemente, ello repercute en el control de la deshonestidad y de la corrupción.

En virtud de lo dicho hasta este momento, cabe concluir que los procesos contencioso-administrativo y tributario *requieren de una normativa apropiada y especial*. Así lo advierte el art. 302 del propio COGEP³, pero mucho deja que desear su regulación, que nada avanza en temáticas de gran importancia, como la corrección de la desigualdad de las partes procesales, la superación de conceptos arcaicos que se traducen en disfunciones técnicas o la eficacia en la ejecución de las sentencias adversas a la administración pública. A esto nos referiremos más adelante.

III. SOBRE LA ORALIDAD EN EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El sistema procesal oral es la gran innovación del COGEP y el elemento que más polémica ha despertado en el foro ecuatoriano. Como todos los procesos, el contencioso-administrativo y el tributario se realizarán mediante audiencias (*ex art. 4*), salvo aquellos actos que deben producirse por escrito.

³ «Sustanciación y prevalencia de las normas de este capítulo. Las controversias sometidas a conocimiento y resolución de las o los juzgadores de lo contencioso tributario y contencioso administrativo se sujetarán a las normas especiales de este capítulo. Las normas generales de este Código serán aplicables a las materias contencioso tributaria y administrativa, en lo que no se oponga a las de este capítulo, aunque considerando la supletoriedad de las leyes de cada materia» (COGEP, art. 302).

Según Ernesto Jiniesta, no existen procesos exclusivamente orales, por cuanto siempre hay fases que, por imperativo de la seguridad jurídica y del principio dispositivo, exigen su fijación por escrito. El autor citado destaca las ventajas de la oralidad, a saber, la democratización de la justicia y del derecho,

«(...) puesto que, se requiere un juez que además de un rol activo —director e impulsor del proceso—, esto es, que dirija, ordene y agilice el proceso, asuma un papel asistencial interactuando con las partes para determinar y delimitar el objeto del proceso, los hechos controvertidos y la prueba admisible y pertinente, esto es, colaborando en la búsqueda de la verdad real y asegurando una igualdad real entre las partes, de tal manera que la parte victoriosa sea la que probablemente tiene la razón y no la que posee más medios económicos para pagar a un representante hábil que complique el proceso en aras de los intereses de su representado y resista la lentitud del proceso» (s.f., pp. 8-9 y 20).

También destaca Jiniesta que la oralidad permite que el juez se involucre y comprometa en la resolución de la causa, sin aislarse de los sujetos procesales, además de que humaniza el proceso y lo moraliza, porque la inmediatez evita las estrategias contrarias a la buena fe y a la lealtad procesales (s.f., pp. 9-10).

En nuestra opinión, los procesos contencioso-administrativo y tributario pueden llevarse a efecto mediante un sistema oral y éste en nada es incompatible con dichos procesos. Lo importante es que el sistema oral se acomode a la función que cumplen dichos procesos y se adecue a las propiedades que los hacen especiales.

En efecto, ningún principio del derecho procesal administrativo o tributario impide que el proceso se realice en audiencias, ni existe una razón de fondo que, por naturaleza, exija exclusivamente la técnica escrita. Todo lo contrario, las ventajas que se predicán de la oralidad permitirán que el juez pueda apreciar de primera mano la realidad del conflicto contencioso administrativo o tributario y observar la problemática de fondo de modo inmediato.

Eduardo Calvo Rojas (2004) indica que los detractores de la oralidad en el proceso contencioso administrativo afirman que éste tiene especiales características porque en él se dilucidan cuestiones jurídicas y no de hecho, de donde se extrae la consecuencia de que no resulta primordial la celebración de una audiencia que tenga por objeto la aportación de pruebas y el debate sobre las mismas. Este autor, con criterio que compartimos, discrepa con este argumento pues,

«(Q)ue no hay razones para pensar que cualquier cuestión técnico-jurídica, por compleja que sea (y está por demostrar que el tecnicismo del contencioso sea superior,

por ejemplo, al del Proceso Civil), sólo pueda ser abordada mediante escritos cruzados de las partes y no pueda ser debatida oralmente entre profesionales del Derecho».

La razón de esta resistencia a la oralidad en el proceso contencioso administrativo, según Calvo Rojas (2004), sería la vieja teoría de que aquél constituye un proceso al acto, como se pensaba en los orígenes del contencioso. Sin embargo, el autor pone de manifiesto que tal conceptualización ha sido desmentida en la práctica.

En efecto, junto al proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción o subjetivo, se encuentra el proceso de anulación o por exceso de poder, del cual se predica su carácter objetivo, sin partes y destinado a la pura tutela de la legalidad, con independencia de los intereses del demandante. En todo caso, en uno y en otro tipo de contencioso, la existencia de un acto previo constituyó un ineludible presupuesto procesal, porque este proceso se concibió como impugnatorio de las actuaciones jurídicas de la administración pública.

Tal conceptualización tropieza con la exigencia de un “interés directo” como requisito de legitimación, además de que el procedimiento en la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue igual para cada tipo de contencioso, de plena jurisdicción o de anulación. Pero lo que es más relativo, es aquello de que el proceso contencioso administrativo de anulación sea un puro proceso al acto de la administración pública o que se limite a la sola tutela de la legalidad. En la realidad, quien promueve el proceso no lo hace como una suerte de paladín del orden jurídico, sino como alguien que siente que ha sido lesionado por el actuar de la autoridad administrativa. A ello se suma que el proceso objetivo está sometido a vicisitudes que desdican de aquel alto objetivo de proteger el ordenamiento con independencia de las partes, a saber, el juez está sujeto al principio dispositivo, hay posibilidad de allanamiento o abandono, lo cual implica una fuerte carga de elementos subjetivos y propios de la tutela de derechos y no de la legalidad por sí misma (cfr. Benalcázar, 2007, pp. 192-216).

En virtud de lo expuesto, cabe afirmar que no existe ninguna justificación para que los procesos contencioso-administrativo y tributario deban someterse estrictamente a un sistema procesal escrito.

Una objeción a la oralidad puede quedar todavía, a saber, que en la audiencia preliminar prevista en el COGEP hay la posibilidad de conciliación, como dice el art. 292.4. ¿Podría terminar un proceso contencioso administrativo por acuerdo entre la administración pública y el administrado?

Una visión excesivamente estrecha de la noción de “interés general” daría una respuesta rotundamente negativa. Simplemente, la administración pública no podría negociar con el particular —con intereses “egoístas”— aquellos grandes ideales sociales que dice representar. Pero en cambio, si se

acepta que el Estado de Derecho se caracteriza por la racionalidad y juridicidad en el actuar de la autoridad pública, si se considera que el respeto a la dignidad de la persona es el más alto deber del Estado y se admite el principio de responsabilidad pública, la conciliación es posible. El interés general, lo reiteramos, no es una idea nebulosa que se adapte a las conveniencias del gobierno de turno o del cuerpo burocrático, sino el fin del Estado, el bien común, y éste tiene su fundamento en las aspiraciones y necesidades humanas de la vida temporal. El bien común *incluye el respeto a la persona y el acatamiento del orden jurídico*, de modo que estos elementos perfectamente pueden considerarse interés general y a ellos se somete la autoridad administrativa.

También vale considerar, como dice Sonia Venegas Álvarez (1997, pp. 558-559), que la conciliación en temáticas de derecho público necesariamente debe enmarcarse dentro de los límites y condicionamientos de la legalidad. Según la nombrada autora, muchas razones abogan por que en el contencioso administrativo sea el juez quien concilia y aprueba la conciliación, ya que es conocedor de la estructura y funcionamiento de la administración, así como de las instituciones públicas.

De nuestra parte, como ya lo hemos dicho (cfr. Benalcázar, 2006, pp. 36 y ss), la conciliación es posible en el derecho administrativo y tributario porque *existen elementos que no son estrictamente reglados y, por tanto, son susceptibles de discusión en su aplicación práctica*. Es el caso de las decisiones que puede tomar discrecionalmente la autoridad y el alcance que en un caso concreto se quiera dar a un concepto jurídico indeterminado.

Superadas las críticas a la oralidad, lo más importante y positivo de aplicarla en los procesos contencioso-administrativo y tributario es el propósito de simplificar el procedimiento y de hacerlo más rápido y expedito. El gran tormento de los administrados ha sido siempre la lentitud de los juicios contencioso-administrativos y tributarios que, según apreciación de algún autor, son incompatibles con la brevedad de la vida humana.

El ejercicio profesional de abogado permite afirmar, sin ningún género de duda, que en el Ecuador hay un contraste nítido entre la realidad de los juicios y lo abstracto de las leyes procesales. *Éstas nunca se han cumplido en lo relacionado a los plazos de tramitación*, hasta el punto de creer que se trata de fantasías. Pero lo más grave es que aquella justicia teórica que consta en las normas no se compadece con las situaciones humanas y morales que existen detrás de un litigio.

Un proceso no se traduce en un expediente, un ejercicio intelectual o una suerte de modelo de “laboratorio jurídico”. Implica un *problema humano* que la tardanza de los procesos parece eternizarlo, hasta el punto de impedir la

verdadera solución de los conflictos, tolerar la impunidad y contribuir a la corrupción.

En efecto, en muchas ocasiones las víctimas de la arbitrariedad administrativa prefieren someterse a los dictados de un déspota antes que litigar ante los órganos judiciales, porque simplemente dicha sumisión ahorra problemas y es más económica. A su vez, el déspota disfrutará de la más absoluta impunidad y no tendrá ningún reparo en seguir cometiendo iniquidades. Esto sucede en aquellos asuntos denominados de “poca cuantía” o de “escaso interés” pero que constituyen un verdadero problema cuando son reiterados. Al respecto, no debe olvidarse un postulado fundamental: las grandes virtudes y los peores vicios no son sino repetición habitual de cosas pequeñas. Sea cual fuere la cuantía de un asunto, la reiteración y tolerancia de una conducta administrativa inicua —que por “grande” o “pequeña” que sea, no deja de ser conceptualmente injusta— provoca el deterioro de la institucionalidad, la poca credibilidad en el sistema procesal y el descrédito del ordenamiento jurídico.

En situaciones más complejas, en las cuales no existe más remedio que acudir a los órganos jurisdiccionales, los administrados desesperan de un problema irresoluto, que se prolonga por años, incluso, por décadas. Muchas veces una sentencia, aun favorable, llega cuando el daño está totalmente consumado, de tal forma que el fallo propicio sólo sirve para presumir de haber tenido la razón.

La aparente solución en estos casos es una posible indemnización económica, que no es sino una pura apariencia de justicia. ¿Cómo valorar la angustia, el deshonor, las privaciones y todo género de males que sufrió el administrado, tanto por el daño que le provocó la administración pública, como por la defensa de su derecho durante un prolongado juicio contencioso administrativo? La verdad es que la única manera de hacer honor al derecho no es con dinero, sino con respeto y acatamiento.

En suma, el interminable proceso contencioso administrativo ha sido cómplice de los menoscabos que sufren los administrados, por más sentencia favorable que se logre luego de años. Pero además es secuaz de los abusos, de la impunidad, de la corrupción, de la ilegalidad y de la quiebra de los principios del Estado de Derecho.

El vetusto procedimiento de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa fue objeto de graves observaciones por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Salvador Chiriboga vs. Ecuador*. En relación con el derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz dispuesto por el art. 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte indicó que el proceso contencioso administrativo iniciado

por los hermanos Salvador Chiriboga no fue ni rápido, ni eficaz, toda vez que a la fecha de la sentencia, dicho proceso *ya demoraba catorce años sin resolución*, mientras que los perjudicados habían sido despojados de su propiedad y no se les había pagado la respectiva indemnización por expropiación. También se indicó que las víctimas habían sufrido incertidumbre jurídica y mucha preocupación⁴.

Definitivamente, en el caso de los procesos contencioso-administrativo y tributario, la celeridad es una exigencia no únicamente del derecho a la tutela judicial efectiva, sino de los principios del Estado de Derecho, especialmente, de la subordinación de la autoridad al orden jurídico y de la responsabilidad pública, sin dejar de lado la necesidad de control de la corrupción.

IV. COMENTARIOS SOBRE LA REGULACIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL COGEP

Si bien el sistema oral es compatible con los procesos contencioso-administrativo y tributario —además de recomendable para procurar la añorada celeridad en la resolución de conflictos en los que es parte la administración pública— la regulación que de los mismos contiene el COGEP es insatisfactoria, aunque no puede dejarse de lado aspectos positivos.

Como aspecto valioso del COGEP, puede destacarse la obligación de anunciar la prueba en la demanda. Esto desalienta la promoción de causas frívolas y carentes de fundamento. Un litigante de buena fe y un abogado responsable y honesto, antes de iniciar un proceso, deben reflexionar seriamente sobre los instrumentos probatorios con los que cuentan, y de ser posible, acompañarlos a su escrito inicial. Lo contrario, esto es, demandar sin

⁴ Los aspectos destacados constan en las siguientes partes de la sentencia de la Corte:

«93. La Corte reitera que, a la fecha, el proceso de expropiación aún se encuentra en trámite ante la jurisdicción interna, después de más de catorce años de haberse iniciado y se encuentra pendiente el pago de la justa indemnización, pese a que la señora María Salvador Chiriboga se ha visto desposeída de su propiedad (...). 106. Los representantes expresaron que en el presente caso la víctima ‘ha experimentado mucha preocupación (...) al encontrarse por varios lustros frente a una situación de total inseguridad respecto al destino de su patrimonio (y el de su familia), debido a la falta de resolución de los diversos procesos judiciales en relación a su propiedad’ (...). 108. La Comisión consideró que resulta evidente el daño inmaterial, ya que la víctima tiene más de ‘dieciséis’ años de reclamar al Estado sin obtener una resolución definitiva hasta ahora (...). 111. La Corte retoma lo establecido en la Sentencia de fondo 157, en el sentido de que la señora Salvador Chiriboga se encuentra en un estado de incertidumbre jurídica como resultado de la demora en los procesos (...)» (*Salvador Chiriboga vs. Ecuador*).

el suficiente estudio del caso o sin prever la necesidad de demostrar lo que se afirma, significa litigar temeraria y aventuradamente, además de que esta conducta implica una carga de trabajo injustificado para la Función Judicial y el desperdicio de recursos y de esfuerzos humanos.

También es positiva la posibilidad de suspender los efectos de los actos administrativos, que distingue al COGEP de la vetusta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. El art. 76 de ésta, salvo la excepción del pago previo en las excepciones a la coactiva, disponía que en ningún caso se suspendería la ejecución de lo ordenado en los actos administrativos⁵. El COGEP, en cambio, establece la posibilidad de suspensión,

Art. 330. «(...) cuando de los hechos alegados en la demanda y las pruebas acompañadas, aparezca como justificado un juicio provisional e indiciario favorable a la pretensión exhibida, sin que esto implique una decisión anticipada sobre el fondo, siempre que el retardo en la decisión de la causa pueda afectar irremediablemente el derecho opuesto y se evidencie la razonabilidad de la medida».

No obstante, existe un inexplicable retroceso en materia tributaria, pues desde la expedición del Código Tributario en 1975, la presentación de la demanda suspendía de hecho la ejecución de los títulos de crédito y de los procedimientos coactivos⁶. En cambio, el art. 324 del COGEP dice que cuando un acto administrativo imponga una obligación de dar, el administrado podrá solicitar la suspensión de efectos de dicho acto, que se hará efectiva rindiendo caución del 10% de la obligación, la cual será devuelta si se acepta la demanda.

⁵ La Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa concretamente dice:

Art. 76. «Salvo lo dispuesto en el artículo precedente, en ningún caso se suspenderá la ejecución o cumplimiento del acto administrativo.

Exceptúanse de lo dispuesto en el artículo e inciso anterior los recursos que se propusieren contra resoluciones que expidiere la Contraloría General de la Nación en el juzgamiento de Cuentas, siempre que el rindente hubiere prestado caución para el desempeño del cargo. Cuando no la hubiere prestado o no la mantuviere vigente al momento de promover su acción, se le exigirá garantía hasta la cantidad de cincuenta mil sures, o en proporción a las cauciones que para cargos semejantes suele exigirse».

⁶ Desde el Código Tributario original hasta su Codificación de 2005, se establecía la suspensión automática de los procedimientos coactivos por el hecho de presentarse demanda, posibilidad que ha sido eliminada por la derogación del art. 247 del Código por parte del COGEP. Dicho artículo disponía que «la presentación de la demanda contencioso-tributaria, suspende de hecho la ejecutividad del título de crédito que se hubiere emitido. Por consiguiente, no podrá iniciarse coactiva para su cobro, o se suspenderá el procedimiento de ejecución que se hubiese iniciado».

La obligación tributaria sustantiva siempre consiste en dar una cantidad de dinero, porque ese tipo de obligación no puede tener como prestación hacer o no hacer⁷. Por ello, siempre que se impugne un acto administrativo de determinación se deberá caucionar para suspender su ejecución, lo cual, indudablemente, consagra un favor injustificado que se otorga a la administración tributaria, la cual, en caso de una demanda improcedente, bien puede cobrar intereses a su favor. En cambio, de parte del contribuyente o demandante, se entorpece el derecho a la tutela judicial efectiva, en su aspecto de acceso a la justicia, además del derecho de defensa, por lo cual consideramos que el art. 324 del COGEP es inconstitucional.

Entre los aspectos negativos que muestra el COGEP se encuentra la conservación de viejas categorías que han recibido severas y acertadas críticas por parte de la doctrina. Es el caso de la distinción entre proceso contencioso administrativo de plena jurisdicción y de anulación, y la diferenciación entre derecho subjetivo e interés directo como categorías de legitimación procesal. También se aprecia todavía la presencia del carácter impugnatorio de actos previos que estaba presente en la derogada Ley y en algunas disposiciones del Código Tributario⁸.

En la actualidad, se propugna los procesos contencioso-administrativo y tributario se conozcan *pretensiones procesales que plantean los administrados*, lo cual significa superar el carácter impugnatorio que antes tenía y la distinción entre proceso objetivo y subjetivo. Este planteamiento de la doctrina moderna ha tenido eco en algunas legislaciones modernas, como la española, que en el art. 1 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que simplemente dice lo siguiente:

Art. 1.1. «Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación».

⁷ La obligación tributaria sustantiva no puede consistir en hacer, porque implicaría un trabajo gratuito o forzoso que está prohibido por la constitución. Tampoco podría tener como prestación un no hacer, porque las abstenciones no financian el gasto público. Otra cosa sucede con las obligaciones tributarias formales, que pueden ser de hacer o de no hacer.

⁸ Cfr. Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, art. 1, que dice que el recurso contencioso-administrativo «puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la administración pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante»; y l el Código Tributario, art. 229, que señala que «quienes se creyeren perjudicados por una resolución de última o única instancia administrativa, podrán impugnarla ante el Tribunal Distrital de lo Fiscal (...)».

En la exposición de motivos se señala que esta conceptualización del proceso contencioso-administrativo se pone de manifiesto una nueva idea que, ante todo, busca lograr los objetivos fundamentales del proceso, esto es, la plena subordinación de la autoridad al derecho y la tutela de los administrados:

«Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al derecho en todas las actuaciones que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociables de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la ley. La imposibilidad legal de controlar mediante los recursos contencioso-administrativos estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones.

Por eso la nueva Ley somete a control de la Jurisdicción la actividad de la Administración pública de cualquier clase que esté sujeta al Derecho Administrativo, articulando para ello las acciones procesales oportunas» (España, Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

En cuanto a la distinción entre interés directo y de derecho subjetivo, lo cierto es que el proviene de definiciones estrechas e inadecuadas del derecho subjetivo, que ante todo, no se acoplan con las ideas modernas⁹. La realidad demuestra que debe encontrarse un derecho vulnerado cuando el administrado ha sufrido un menoscabo en cualquier bien o valor digno de tutela, sin que intereses distinciones artificiosas provenientes de doctrinas erróneas.

No obstante lo dicho, el propósito de tutelar la legalidad por sí misma es digno de total atención, por lo cual es menester diseñar un proceso especial que pueda atender debidamente dicho objetivo, que no es aquel en el cual existan las barreras de legitimación procesal que mantiene el COGEP de la vieja legislación, a pesar de que el art. 300 diga que las «jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa» también pretenden realizar un «control de la legalidad» de las actuaciones de la administración

⁹ Es el preciso caso de la teoría de la voluntad, del interés jurídicamente protegido y de las combinaciones de ambas. El derecho subjetivo no es un poder de voluntad o la utilidad que se tiene de un bien o valor. Es, ante todo, un bien o valor que jurídicamente corresponde a una persona por un título, que obliga a los demás a acomodar su conducta a dichos títulos, y que de parte del derecho-habiente, autoriza potencialmente a un comportamiento. Sobre la crítica a la noción de “interés directo” e “interés legítimo”, véase Benalcázar, 2007, pp. 283-353.

pública¹⁰. Sin un proceso idóneo para ese control, los juicios contencioso-administrativo y tributario seguirán siendo contiendas en las cuales, principalmente, se hacen valer los derechos del administrado o contribuyente frente a la administración.

Por otra parte, resaltamos que el COGEP conserva muchos privilegios que la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa otorgaba a la administración pública, los mismos que impiden la igualdad de partes y la aplicación de los principios del Estado de Derecho. Esto sucede especialmente con la ejecución de las sentencias adversas a la administración pública, en donde se conserva el nefasto sistema de la auto-ejecución.

En el proceso regulado por la derogada Ley sucedía que luego de años o décadas de litigio, venía una segunda parte: lograr que la administración pública cumpla con la sentencia, porque el juez únicamente gozaba de medios de ejecución indirectos frente a ella.

La situación no ha sido superada en el COGEP, pues en el art. 314 se dispone que la propia administración pública es la que debe adoptar los mecanismos de cumplimiento de los fallos. En los procesos contencioso-administrativo y tributario, el juez carece de los poderes de coacción que sí existen en otro tipo de juicios¹¹.

La ejecución de la sentencia es uno de los aspectos más descuidados, pero más importantes de los procesos contencioso-administrativo y tributario. Se trata, nada menos, que de hacer efectiva la sentencia que el juez dicta, y si esto queda a cargo de la administración pública, sumado todo ello a los

¹⁰ En concreto dice el COGEP:

Art. 300. «Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder».

¹¹ El COGEP dice:

Art. 314. «Ejecución de la sentencia. Una vez ejecutoriada la sentencia la o al (sic) juzgador ordenará bajo prevenciones legales que la institución del Estado cumpla lo dispuesto en la misma, pudiendo incluso disponer, cuando corresponda, que la liquidación sea realizada por la misma entidad estatal.

Por imposibilidad legal o material para el cumplimiento de la sentencia, no podrá suspenderse ni dejar de ejecutarse el fallo, a no ser que se indemnice a la o al perjudicado por el incumplimiento, en la forma que determine la o el juzgador.

Las o los servidores públicos que retarden, se rehúsen o se nieguen a cumplir las resoluciones o sentencias estarán incurso en la responsabilidad administrativa, civil o penal a que haya lugar».

escasos poderes de coacción que tiene el juzgador, el resultado bien puede ser la *ineficacia del proceso y la consagración de una justicia puramente teórica*.

Es de esperar una reforma seria que elimine el privilegio de la auto-ejecución y que haga de la administración pública un sujeto procesal plenamente sometido a los dictados del juez.

V. CONCLUSIONES

1. De todo lo que hemos expuesto en este trabajo, podemos concluir que la oralidad es posible en los procesos contencioso-administrativo y tributario y que las objeciones que favorecen al sistema escrito se basan en conceptualizaciones discutibles y superadas.

2. La oralidad da una esperanza de que estos procesos cumplan con el derecho reconocido en los instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución en relación con los medios sencillos, expeditos y rápidos que permitan al administrado la tutela judicial efectiva de sus derechos.

3. Lamentablemente, el COGEP no ha superado la vieja conceptualización de los procesos contencioso-administrativo y tributario y conserva privilegios injustificados para la administración pública, de modo que su defecto principal puede resumirse en conservar la falta de igualdad entre las partes procesales, a favor de la autoridad pública.

Es de esperarse una reforma que tenga en cuenta que los procesos contencioso-administrativo y tributario, además del propósito de tutela de los administrados, tienen una función pública: permitir que se hagan prácticos los principios del Estado de Derecho.

REFERENCIAS

- Benalcázar Guerrón, J.C. (2007). *Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano*. Quito: Fundación Andrade & Asociados Fondo Editorial.
- Benalcázar Guerrón, J.C. (2006). *Los Actos Administrativos Consensuales. Una Técnica para el Ejercicio de la Participación Ciudadana en las Decisiones de la administración pública, (Serie Estudios Jurídicos, 35)*. México: UNAM.
- Calvo Rojas, E. (2004). El Procedimiento en el Proceso Contencioso Administrativo Ordinario. *Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial*. Donostia-San Sebastián: Consejo General del Poder Judicial. Versión en CD ROM.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (3-III-2011). Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, Sentencia, reparaciones y costas. En http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_222_esp.pdf (recuperado el 1-XII-2016).
- Dabin, J. (2003). *Doctrina General del Estado. Elementos de Filosofía Política*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Dromi, J.R. (1980). *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*. Bogotá: Temis.
- González Pérez, J. (1985). *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*. Bogotá: Temis.
- Gordillo, A. (1998). *Tratado de Derecho Administrativo: la defensa del usuario y del administrado*, Bogotá: Fundación de Derecho Administrativo, Biblioteca Jurídica Dike.
- Jiniesta Lobo, E. (s.f.). *La Oralidad en el Nuevo Proceso Contencioso Administrativo*. Portoviejo: Universidad San Gregorio.
- Larrea Holguín, J. (1985). *Derecho Civil del Ecuador*, t. I, 4ª edición. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Oyarte Martínez, R. (2016). *Debido Proceso*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Maritain, J. (1968). *La Persona y el Bien Común*, trad. de Leandro de Sesma. Buenos Aires: Club de Lectores.
- Tobar Donoso, J. (1981). *Elementos de Ciencia Política*, 4a. ed. Quito: PUCE.
- Venegas Álvarez, S. (1997). *En Defensa de la Conciliación en el Contencioso Administrativo*. En <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/5/2391/23.pdf> (recuperado el 1-XII-2016).

Normativa:

- Ecuador: Codificación del Código Tributario (R.O. Supl. 38 de 14-VI-2005).
— Código Orgánico de la Función Judicial (R.O. Supl. 544 de 9-III-2009).
— Código Orgánico General de Procesos (R.O. Supl. 506 de 22-V- 2015).
— Constitución de la República del Ecuador (R.O. 449 de 20-X-2008).
— Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (R.O. 338 de 18-III-1968).
- España, Ley 29/1998, Julio 13, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.